REPUBLICA DE COLOMBIA

40

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XL | Bogotá, marzo 26 de 1934. | Número 1886

Director, FERNANDO GARAVITO A.
Relator de la Corte.

ADVERTENCIA

Con el presente número principia el tomo XL de la "Gaceta Judicial." El número anterior (1885) está destinado a los índices y a la jurisprudencia del tomo XXXIX.

CORTE PLENA

PROPOSICION

aprobada por la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, el día 30 de enero de 1934.

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, hace constar en el acta de este día su profundo pesar por la renuncia que de su puesto de Magistrado ha hecho el doctor Parmenio Cárdenas, quien por sus excelentes dotes de inteligencia y de carácter, y su exquisito dón de gentes, honró a esta corporación y deja en ella hondo vacío.

"Transcríbase al doctor Cárdenas esta proposición y publíquese en la Gaceta Judicial."

PROPOSICION

aprobada unánimemente por la Corte, reunida en pleno, en su sesión del 9 de noviembre de 1933.

"La Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que el señor doctor don Luis F. Rosales se separa de la corporación, promovido al cargo de Gobernador del Departamento del Valle, apreciando la intensa labor por dicho Magistrado realizada en el largo espacio en que, con sabiduría, patriotismo y eficacia encomiables desempeñó la magistratura, le expresa su sentimiento de pesar por verse privada de sus luces en la difícil tarea de administrar justicia; le desea muchos triunfos en la gestión administrativa a que va a dedicarse, y le reitera la expresión de su reconocimiento por los invaluables servicios que le ha prestado al país.

"Comuníquese al señor doctor Rosales y publíquese."

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En demanda presentada el dos de abril del año último, los señores Carlos José Infante y Alfonso Robledo Mejía, obrando en su calidad de ciudadanos colombianos, piden se declaren inexequibles los artículos cuarto (4°) de la Ley noventa y nueve (99) de mil novecientos treinta y uno (1931); tercero (3°) de la Ley ciento diez y nueve (119) del mismo año, y todos los decretos ejecutivos que en virtud de esas disposiciones se han dictado, por ser violatorios de los artículos 52, 76, en sus ordinales 1°, 10, 11, 12 y 13, de la Constitución Nacional, y 4°, 6° y 20, ordinal 2° del Acto legislativo número 3 de 1910.

En escrito de aclaración a la demanda se determinan los decretos que se dicen violatorios de la Constitución, y se señalan como tales los siguientes, originarios todos del Ministerio de Hacienda: el número 92, de 20 de enero de 1932; el número 1683, de 24 de septiembre de 1931; el 1951, de 31 de octubre de 1931; el 1871, de 21 de los mismos mes y año; el 2092, de 27 de noviembre de 1931; el 2225, de 18 de diciembre de 1931, y el 280, de 16 de febrero de 1932.

Acompaña el demandante un ejemplar de cada uno de los **Diarios Oficiales** en que aparecen publicados, así las leyes como los decretos que se acusan.

El señor Procurador General, por medio de extensa y razonada pieza jurídica contestó el traslado de la demanda, en forma adversa a las pretensiones de los demandantes, excepto en lo relativo al artículo 1° del Decreto número 280, de 19 de febrero de 1932, referente a la reducción de los intereses de cierta clase de deudas, a cuya declaración de inconstitucionalidad manifestó no oponerse.

Siendo llegado el caso de dictar el fallo definitivo, a ello procede la Corte, y al efecto estudiará los cargos formulados por los demandantes, en el mismo orden en que éstos los han presentado.

Leyes 99 y 119 de 1931.

El artículo 4° de la primera de estas Leyes establece:

"De conformidad con lo dispuesto en el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país. Pero el Gobierno no podrá, en virtud de estas autorizaciones, establecer monopolios que no hayan sido decretados por leyes anteriores.

"Parágrafo 1° Para la adopción de dichas medidas, el Presidente de la República consultará previamente a una Junta que nombrarán las Cámaras, y que se compondrá de seis miembros, elegidos tres por cada una de ellas.

"Parágrafo 2° De las autorizaciones que se conceden por el presente artículo, hará uso el Presidente de la República hasta el treinta y uno de diciembre del corriente año.

"Parágrafo 3° De las medidas que se tomen, el Presidente de la República y la Junta que se crea por esta Ley, darán cuenta al Congreso actualmente reunido, para información del país."

El parágrafo 1º de este texto legal fue expresamente derogado por el artículo 2º de la Ley 119 de 1931, y el artículo 1º de esta misma Ley amplió el plazo señalado en el parágrafo 2º, hasta el 31 de julio de 1932.

Se acusa el artículo 4º de la Ley 99 y el 2º de la 119, como opuestos al 76 de la Constitución, en sus ordinales 1º y 10, que dicen:

"Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"1ª Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes.

. . . . . .

"10. Revestir, **pro tempore**, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen."

Estímase que las disposiciones legales mencionadas atacan en su esencia el numeral 1º del artículo 76 de la Carta, por cuanto con la facultad conferida en aquellas disposiciones puede el Presidente de la República introducir reformas legislativas, interpretando, reformando o derogando las leyes, como en realidad lo ha hecho, y esta función es potestativa del solo Congreso. Con esa facultad amplísima, se dice, el Poder Ejecutivo invade el campo de acción legislativo, violando el principio de la separación de los poderes públicos.

Según el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución, añaden los demandantes, toda ley de autorizaciones al Poder Ejecutivo debe reunir indispensablemente estos tres requisitos:

Primero. Que las facultades extraordinarias estén sometidas a un período de tiempo determinado, pasado el cual ya no surtirán efecto.

Segundo. Que sean precisas; y

Tercero. Que se den cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

Los demandantes admiten que está cumplido el primero de estos requisitos, por haberse señalado el plazo para el ejercicio de las facultades, y respecto del tercero, reconocen que, según doctrina sentada por la Corte en sentencia de tres de noviembre de mil novecientos quince, "la necesidad que puede inducir al Congreso a revestir de facultades extraordinarias al Presidente de la República, es un hecho de la soberana apreciación de ese cuerpo; y la Corte no puede sobreponerse a esa estimación." De suerte que dan por cumplido también dicho requisito.

Mas en cuanto a ser **precisas** las facultades, estiman que el artículo 4º de la Ley 99 de 1931 no llena tal requisito, y por ello lo objetan de inconstitucional.

Sobre este punto discurren los demandantes de la siguiente manera:

"La palabra 'preciso' solamente tiene dos acepciones: necesario, indispensable y puntual—fijo—determinado—detallado. ¿En cuál de éstas la empleó el constituyente del 86? En la segunda.

"No encontrándose en la historia de esta disposición constitucional antecedentes suficientes, ni en el **Diario Oficial**, ni en ninguna otra publicación que tenga tal carácter, forzoso es acudir a desentrañar su significado recto y leal en la gramática y en los comentarios de eminentes juristas.

"En efecto: en este caso, la palabra 'precisas' da la sensación clara de que no se trata de necesario, sino de puntualizado. Sostener lo primero sería atribuirle al constituyente una atroz redundancia en el ordinal comentado, pues equivaldría a decir: '..... de necesarias facultades cuando la necesidad lo exija.....,' lo que sería a todas luces absurdo e inexplicable en los insignes redactores de la Constitución de 1886. La redundancia gramatical se atribuiría a la mayor eminencia que en estos asuntos ha tenido el país: don Miguel Antonio Caro; y este solo hecho—imposible—basta, a nuestro juicio, para demostrar que no es la primera sino la segunda acepción la que se le dio a este vocablo. Y puesto que ambas se encuentran en el Diccionario de la Real Academia Española de 1884, que fue probablemente el que utilizaron los constituyentes, y la primera es lógicamente inaceptable, fue la segunda acepción, o sea el concepto de fijo, exacto, determinado, puntualizado, el que se dió en el ordinal 10 del artículo citado a la palabra 'precisas.'

"Sobre esto dice uno de los más destacados redactores de la Constitución, don José María Samper, en el tomo 2º de su obra **Derecho Público Interno de Colombia** '(Comentario científico de la Constitución de 1886,' Imprenta de la Luz), en la página 142:

'Si para preservar a la Nación de los males de la anarquía, se ha de aceptar el mal menor de las facultades extraordinarias, valé más que éstas sean ejercidas de derecho, a virtud de una ley que las autorice, pero que las **especifique** y que las limite a tiempo determinado **(pro tempore)**.

'Así el Presidente de la República podrá ejercer facultades extraordinarias, revestido de ellas por la ley, pero la ley no habrá de concedérselas sino con estas condiciones: que se ejerzan por tiempo limitado; que sean precisas, **no vagas, ni generales e indeterminadas**, y que sean exigidas por la necesidad o aconsejadas por la pública conveniencia.'

"De modo que las facultades extraordinarias de que se puede investir al Presidente de la República deben ser puntualizadas, determinadas, especificadas una a una. Este criterio siempre ha dominado entre nosotros; basta releer pacientemente las leyes de autorizaciones para convencerse de ello. Una sola cita basta: José Vicente Concha, de cuyo respeto a la Constitución nadie puede dudar, recibió en mil novecientos diez y siete una ley de autorizaciones extraordinarias, la 69 de ese año, que dio motivo a amplias discusiones, y de la cual dijo la honorable Corte que era precisa.

"¿Qué tan puntualizadas, tan pormenorizadas son las facultades contenidas en el artículo 4º de la Ley 99? Cómo, sin ultraje a la Gramática, en este país de retóricos, ¿se puede aceptar como un hecho cierto el de la exactitud de ese artículo? ¿Cómo entrar a demostraros, honorables Magistrados, que este artículo es el tipo clásico de la concesión de unas facultades vagas, absolutamente vagas, imprecisas, impuntualizadas, aéreas, si la sola lectura de él es más que suficiente para comprobarlo? Porque si el castellano existe, y si nosotros los colombianos todavía lo hablamos y lo escribimos, y si vosotros lo sabéis y lo dominái con lujo de eruditos, no tenemos necesidad de demostraros el hecho que hemos planteado. Es un verdadero axioma: no requiere demostración después de su lectura.

"Porque decir que el señor Presidente 'puede tomar las medidas económicas y financieras que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país,' equivale a decir poco más o menos: el

señor Presidente puede hacer lo que guste, como le guste y cuando le guste; su deseo es más que todo, más que la ley, más que la Constitución; el señor Presidente es el amo, que puede hacer y deshacer cuanto estime conveniente para remediar la crisis por que atravesamos. Y esto no es otra cosa que abrir las puertas al personalismo, y postrar la República ante una sola voluntad. Es agotar la Constitución, burlarla con desenfado, aniquilarla. Y hacerla y reformarla en el año 10, costó al país muchas vidas y muchos sacrificios."

El primero de los cargos que se dejan enunciados, el de quebrantar las disposiciones acusadas, el ordinal 1º del artículo 76 de la Constitución, que señala como función propia del Congreso la interpretación, reforma y derogación de las leyes, se reduce en síntesis a sostener que el legislador no puede, en ejercicio de la atribución que le asigna el ordinal 10 del mencionado artículo 76, investir al Presidente de la República de facultades que envuelvan directa o indirectamente la potestad de introducir reformas en el campo de la legislación positiva.

Para contestar este cargo es preciso observar que los ordinales 9º y 10 del artículo 76 de la Constitución consagran dos atribuciones completamente diferentes del Congreso, en relación con el Gobierno y con el Presidente de la República.

Conforme al primero de estos ordinales, 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.

En el ordinal 10, que no encuentra antecedentes en ninguno de los estatutos que precedieron al actual, quiso el constituyente prever aquellos casos en que, sin mediar turbación del orden público, la salud del Estado o las conveniencias generales aconsejaran investir al Presidente de la República de facultades que dentro del régimen constitucional ordinario no le corresponden. Por eso denominó esas facultades **extraordinarias**, y exigió, como garantía de los intereses públicos, que para su otorgamiento se reunieran los tres requisitos que los demandantes apuntan: que se concedan **pro tempore**, que sean precisas, y que se den tan sólo cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

Entendidas las facultades extraordinarias en el sentido que pretenden los demandantes, o sea en el de que por medio de ellas no le es dado al Congreso autorizar al Presidente para ejercer atribuciones que en el funcionamiento ordinario de los poderes no le competen, estaría de más el referido numeral 10; pues para conferir al Gobierno autorizaciones que en su ejercicio no traspasen la esfera constitucional, basta con el numeral 9º

Es tan grande en esta materia el imperio de las necesidades de orden práctico, que en países como Francia, cuya Carta Fundamental no registra disposición similar a la del numeral que se analiza, ni otra alguna que autorice la delegación legislativa, las Cámaras, bajo la presión de exigencias atinentes al procomunal, se han visto en la necesidad de conferir al Gobierno autorizaciones, que envuelven la facultad de reformar, abrogar o suspender disposiciones legales, y este procedimiento ha venido a quedar sancionado por la costumbre y a ser admitido por publicistas de la talla de Duguit, como puede verse a la página 760, volumen 4º, del **Traité de Droit Constitutional.**

Los conceptos allí expuestos por el ilustre decano de la Universidad de Burdeos, hacen ver que lo que fue objeto de especial previsión del constituyente colombiano, al establecer hace cerca de medio siglo las facultades extraordinarias en tiempo de paz, ha venido a ser implantado en Francia, a falta de disposición constitucional que le sirva de base, por simples razones de hecho, bajo la presión de imperiosas necesidades de administración pública.

En orden al segundo de los cargos enunciados, sea el de no ser precisas las facultades conferidas al Presidente por el artículo 4º de la Ley 99 de 1931, la Corte consigna las siguientes consideraciones:

Extensos razonamientos hacen los demandantes para demostrar que el término **precisas** no tiene en el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución, la significación de indispensables, necesarias, urgentes, sino la de ser determinadas, específicas, fijas, detalladas las facultades. El contexto general de la disposición no deja duda alguna de ser esta última la verdadera acepción en que está empleado en el numeral 10 dicho vocablo, y en tal sentido ha sido siempre interpretado por la Corte el referido texto constitucional.

Entendida así la palabra **precisas** en la disposición que se analiza, hay que admitir que tiene ella una marcada relatividad, y que lo que en un caso puede estimarse preciso, en otro es vago e indeterminado. Sobre este particular dice con mucho acierto el señor Procurador:

"¿Pero cuándo una cosa es concreta, específica, determinada, precisa? El término **preciso**, en este sentido considerado, es eminentemente relativo, y para conocer si se puede aplicar o nó con exactitud a un objeto o un acto, es necesario saber con qué se compara éste acto u objeto, o sea saber desde qué punto de vista se le considera. Porque muchas veces ocurre, si no siempre, que lo que es concreto, específico, comparado con algo más general, es indeterminado o genérico comparado con lo que es más específico o concreto. Los universales de la lógica nos ofrecen un buen ejemplo, que sirve para demostrar o aclarar lo que acabo de sostener. En ellos cada uno es universal, comparado con el género inferior, y es específico comparado con el género superior. Qué cosa más universal, por ejemplo, que la idea de **sustancia**, y, sin embargo, comparada con la idea más universal aún de **sér**, representa algo determinado ya, y en cierto modo especificado. El género **viviente**, por ejemplo, es universal, indeterminado, hecha comparación con las diversas especies de vivientes que existen en el mundo, pero comparándolo con las ideas más generales de **sustancia y sér**, es algo concreto. La **última diferencia** de racional o irracional, representa, desde el punto de vista de las ideas de sér o de sustancia, algo muy concreto, determinado y específico; pero si se le mira desde el punto de vista de cada uno de los individuos de la especie humana, o si se le compara con cada uno de los diversos animales, es algo genérico y universal. A quien quisiera dar la filia-

ción de alguno, diciendo que es un hombre, un animal racional, se le podría, y con mucha razón, responder: no sea usted vago, indeterminado e impreciso; y, sin embargo, comparado con las categorías de animal, viviente, sustancia y sér, el término hombre es algo concreto, específico, determinado y preciso.

"¿Cuándo unas autorizaciones son precisas? Para responder esto es necesario, como he dicho, tener presente el término con el cual han de compararse las autorizaciones. Así, una autorización para establecer un impuesto de timbre o sobre el tabaco, sería indeterminada e imprecisa, si se le compara con una autorización para establecer un impuesto con cuantía fija y determinada; pero si se le considera en relación con una autorización para establecer cualquier impuesto, hay que considerarla precisa y determinada. Esta autorización, a su vez, sería imprecisa, comparada con la autorización de establecer un impuesto de cuantía fija, o con la de establecerlo sobre el tabaco o sobre el timbre, pero sería precisa y determinada comparada con una autorización que se diera no sólo para establecer cualquier impuesto, sino para llevar a cabo todas las medidas fiscales tendientes a salvar al país."

Dada esta relatividad del concepto de precisión, ¿cuál puede ser la norma o el término de comparación a que alude el señor Procurador, para saber si unas autorizaciones reúnen el requisito de ser precisas? Esa norma no puede ser otra que la posibilidad en que haya estado el Congreso, dadas las circunstancias en que se expiden las autorizaciones y las necesidades que con ellas se trata de remediar, de puntualizar más o menos las facultades que otorga al Presidente. El desiderátum en la materia es el de que las facultades sean enumeradas y pormenorizadas, hasta una verdadera individualización, como garantía de los derechos ciudadanos, y para evitar la arbitrariedad en que puede incurrir el Ejecutivo al hacer uso de autorizaciones vagas o que no estén suficientemente determinadas.

Mas no siempre se puede obtener ese grado de perfección en la especificación de las facultades. Casos hay en que por lo excepcional de las circunstancias en que se conceden las autorizaciones, por la inminencia y gravedad de los peligros que con ellas se trata de conjurar, y particularmente por la falta de conocimiento anticipado de los remedios que hayan de adoptarse, no es posible exigir al Congreso una pormenorizada relación de las medidas que deba poner en práctica el Ejecutivo para sortear aquellos escollos. Cuando tal acontece, la precisión requerida por el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución, no puede ser otra que la que sea compatible con las circunstancias en que se dan las autorizaciones y con las necesidades que se trata de remediar. Una solución distinta equivaldría a exigir al Congreso que traspasara los límites de lo posible en la determinación de las facultades, y semejante extremo no puede servir de criterio para la exégesis de los textos constitucionales, ya que habiendo sido expedidos éstos para asegurar el bienestar general, no se les puede interpretar en forma que sacrifique ese bienestar, cegando las fuentes de salud a que sea preciso recurrir en casos de excepcional gravedad. Exigir una especificación imposible de dar en razón de las circunstancias del momento, sería tanto como atar las manos del legislador, y hacerlo impotente vidad.
ante el mal que se ve venir y que amenaza la colecti-

Conocido así el criterio que ha de servir de norma para calificar la precisión que en cada caso han de tener las facultades extraordinarias, corresponde estudiar las circunstancias que precedieron y acompañaron a la expedición del artículo 4º de la Ley 99 de 1931, para conocer asimismo hasta dónde pudo el legislador de aquel año determinar y puntualizar las facultades que confirió al Presidente de la República.

Es de todos sabido que en el cataclismo producido por la crisis mundial, han resultado no solamente ineficaces sino totalmente fallidos los principios que hasta pocos días antes habían sido reputados como fundamentales en la vida económica de los pueblos; los hombres que presiden las finanzas de las grandes naciones han visto hundirse en el fracaso sus más firmes organizaciones, y en la confusión y el caos general, los conductores de los pueblos se pierden en innumerables tanteos, sin encontrar la fórmula restauradora de la salud general. En presencia de tan anómala situación, una previsión detallada y minuciosa es verdaderamente imposible, porque, como lo dice el señor Procurador, es imposible adivinar lo que va a suceder, y más imposible aún descubrir de antemano su remedio. Esto hace que la única limitación que podía fijarse a las facultades de que se investía al Gobierno, compatible con las circunstancias del momento y con la apremiante necesidad que se trataba de llenar, fue la que precisamente se adoptó, o sea la de señalar la materia sobre que debían recaer las medidas que adoptara el Gobierno en uso de las autorizaciones, y el fin a que tales medidas debían encaminarse.

En corroboración de lo dicho, se reproducen a continuación los siguientes apartes de la vista del señor Procurador:

"Para respaldo de este parecer quiero aducir aquí el muy valioso del más ilustre de los jurisconsultos que ha producido en los últimos tiempos nuestra Patria, el doctor Antonio J. Cadavid.

"Propuso él la siguiente modificación a un proyecto de ley, en el cual se conferían determinadas autorizaciones al Presidente de la República:

'Artículo 1º Se autoriza al Presidente de la República para que, oído el concepto del Consejo de Ministros, dicte y haga aplicar cualesquiera medidas que estime necesarias o de evidente conveniencia para conjurar, corregir o atenuar la crisis fiscal y económica que empieza a manifestarse en la Nación, especialmente por causa del estado de guerra existente hoy en Europa.

'Las medidas que ordene el Gobierno en virtud de esta autorización, que se otorga de acuerdo con el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución, tendrán fuerza legal obligatoria, pero no serán otras que las que se encaminen a los fines indicados.

'Artículo 2º Las facultades que se conceden por esta Ley no las podrá ejercer el Presidente de la República sino por el término de sesenta días, contados desde el en que se sanciona la misma, fecha en que empezará a regir. Pasado este término, el Presidente dará cuenta al Congreso de las providencias que hubiere dictado en virtud de las facultades concedidas.'

"En la exposición de motivos dijo:

'..... Los respetables autores del proyecto creyeron conveniente enumerar las funciones extraordinarias que ha de desempeñar el Presidente de la República, quizá porque tuvieron presente que el texto constitucional habla de **precisas facultades extraordinarias**, aunque es verdad que el ordinal 6º del artículo 1º autoriza 'para

dictar las medidas encaminadas a conjurar o atenuar la crisis fiscal y económica.'

'Salvo el más ilustrado y atendible parecer de los honorables Senadores, me permitiría opinar—y así lo propondré—que se confiera una autorización en términos más amplios y generales. Los problemas de orden económico y fiscal que pueden presentarse, y cuya solución se quiere poner en manos del Poder Ejecutivo, son o pueden ser demasiado complejos, y me atrevería a pensar que ni los hombres de más clara visión y de mayor experiencia, de que sin duda ninguna hay muchos en el Congreso de la República, serán bastante aptos para señalar, para determinar desde ahora, sin contar con lo contingente y lo inesperado, los diversos factores, los datos que será necesario tener en cuenta para la más acertada solución de aquellos problemas. Que si otra cosa fuera, no sería el caso de darle autorizaciones al Presidente de la República, sino el caso de que el Congreso, en ejercicio de la soberanía que le corresponde, esa sí dentro del derecho constitucional ordinario, expidiese las respectivas leyes, con toda la reglamentación que se creyere necesaria o conveniente.

'Y no considero—queden a salvo más autorizadas opiniones—que la autorización amplia y general dejase de tener la precisión de que habla el texto constitucional. La precisión, la determinación, la especificación, así se trate de facultades que se otorguen a un mandatario —y quizá no sea fuera de lugar el concepto—o se trate de cualquiera otra cosa, tienen grados, es susceptible de más y de menos; y no parece admisible, porque acaso quedaría injurídica la teoría de que la Constitución haya querido, en el ordinal 10 del artículo 76, que la precisión de las facultades extraordinarias que se otorguen en casos excepcionales al Presidente de la República, alcance el grado máximo, el grado de una verdadera individualización. Más fundado en razón hallaría yo que se considerara suficiente precisión en señalar los fines especiales a que se hayan de encaminar las medidas extraordinarias que se autoricen al Presidente de la República, sin olvidar, eso sí, que de semejantes facultades sólo se podrá usar temporalmente, esto es, mientras subsista la calamidad, la necesidad pública que se pretende satisfacer.' "

Como corolario de las razones hasta aquí expuestas, la Corte no encuentra fundado el cargo que se viene estudiando, relativo a no tener las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 4º de la Ley 99 de 1931, la precisión requerida por el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución.

Artículo 3º, Ley 119 de 1931.

Dice así esta disposición:

"Dentro de las facultades conferidas por el artículo 4º de la Ley 99 del presente año, queda comprendida la de establecer, aumentar, disminuír, reorganizar o refundir los impuestos que el Gobierno considere indispensables.

"Parágrafo. El Presidente de la República, al hacer uso de esta facultad, dejará a salvo la participación que corresponde a los Departamentos en la explotación de hidrocarburos, así como los impuestos que las mismas entidades y los Municipios tengan establecidos o que les correspondan conforme a las leyes."

Se impugna el texto legal que se acaba de copiar como opuesto a los artículos 52 y 76, ordinales 1º y 10 a 13, de la Constitución, así como a los artículos 6º y 20, inciso 2º, del Acto legislativo número 3 de 1910.

Las disposiciones mencionadas establecen:

El artículo 52, que hace parte del Título 3º, que trata "De los derechos civiles y garantías sociales," dice:

"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."

"Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"1ª Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes.....

. . . . . .

"10. Revestir, **pro tempore**, al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

"11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.

"En cada legislatura se votará el presupuesto general de unas y otros.

"En el presupuesto no podrá incluírse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito judicialmente reconocido.

"12. Reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio.

"13. Decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija."

Artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910:

"En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones."

Artículo 20 del mismo Acto legislativo:

"Son atribuciones de la Cámara de Representantes:

. . . . . .

"2º Iniciar la formación de las leyes que establezcan contribuciones u organicen el Ministerio Público."

Fundan los demandantes la inconstitucionalidad del texto legal acusado sobre estas dos proposiciones, que sientan a manera de premisas:

Primera. La facultad de restablecer, aumentar, disminuír, reorganizar o refundir impuestos, es privativa del Poder Legislativo, y no puede ser delegada.

Segunda. En el caso de que esa facultad pudiere ser delegada, la delegación que de ella se ha hecho por el artículo 3º de la Ley 119 de 1931, no está de acuerdo con los preceptos constitucionales.

Primera proposición.

Invocan los actores para su demostración, la autoridad del comentador de la Constitución, señor Samper, quien declara, refiriéndose a las autorizaciones que al Congreso confiere el artículo 76 del Estatuto, que todas ellas son absolutamente indelegables. Citan igualmente algunos fallos de la Corte en apoyo de su tesis, y dicen que tánta importancia se asignó al principio constitucional de la indelegabilidad de las atribuciones del Congreso en lo referente a cuestiones tributarias, que el constituyente del año 10 incluyó dentro del Título 3º de la Constitución, sobre derechos individuales y garantías sociales,

el artículo 6° del Acto legislativo número 3 de ese año, elevando así a la categoría de derecho individual y garantía social el que "en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones."

Sostiene la demanda que por medio de una ley de facultades extraordinarias, la atribución de establecer impuestos no puede pasar en ningún caso a entidades distintas de las que taxativamente enumera el artículo 6' del Acto legislativo número 3 de 1910, concepto que se encuentra desarrollado de la siguiente manera:

"Porque dentro del cuerpo de la Constitución—diseminadas—se encuentran las mismas autorizaciones enunciadas por el artículo 6°; así la autorización al Congreso para imponer impuestos estaba consignada en los ordinales 11 y 13 del artículo 76 y en el 102; para las Asambleas, en el 190, y para los Concejos, en el 199. Luego raciocinando lógicamente, hay que convenir en que algún objeto tuvo el hecho de llevarlas al Título III por la Asamblea Constituyente de 1910; este objeto no era otro que el de amparar su cumplimiento estricto por medio del artículo 52, Constitución Nacional, que se halla al final del título, y que dice:

"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,** artículo que viene a dar más fuerza obligatoria—si cabe la expresión—al 70 del Acto legislativo número 3 de 1910, que dice:

'La Constitución sólo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en la forma ordinaria; y de igual modo, considerado en la reunión anual subsiguiente, y aprobada en ésta, por ambas Cámaras, en segundo y tercer debates, por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada una de ellas.'

"Hay, pues, un conjunto de disposiciones—las del Título III de la Constitución—que jamás puede abarcar una ley de precisas facultades extraordinarias. La autorización para poder variar cualesquiera de los mandatos contenidos en tal Título, solamente puede darse por acto reformatorio de la Constitución, hecho como lo prescribe el artículo 70 del Acto legislativo número 3 de 1910; el Congreso de 1931, por medio de la Ley 119, que no es un acto legislativo reformatorio de la Constitución, revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para imponer contribuciones, contra la prohibición del artículo 6° mencionado; luego el artículo 3° de la Ley 119 de 1931 es violatorio de la Constitución, y debe ser declarado inexequible.

"Y absoluta resulta la prohibición; de lo contrario se daría el caso anómalo de que, por ejemplo, el señor Presidente de la República pudiese, en virtud de esas amplísimas facultades de que está investido, imponer la pena de confiscación, o lo que es más, y hace resaltar mejor el absurdo, la pena de muerte.

"Y de ello resulta que, por más autorizaciones que tenga el señor Presidente, no puede imponer la pena de muerte, ni la de confiscación, ni puede establecer la no enajenación de bienes raíces, ni puede decretar emisiones de papel moneda, ni puede perseguir a nadie por razón de sus principios religiosos."

Es preciso reconocer que el principio consagrado en el artículo 6° del Acto legislativo número 3 de 1910, constituye una garantía de los derechos ciudadanos, a la vez que una de las mayores conquistas del Derecho Constitucional moderno. La potestad de imposición que antiguamente era ejercida discrecionalmente por el monarca, como un derecho anexo a la corona, ha venido a pasar de manera definitiva a los representantes del pueblo, sentándose así el principio de que ningún tributo puede ser establecido sin el consentimiento de aquellos que deben soportarlo, expresado por conducto de sus voceros en los cuerpos legislativos.

Mas a este principio, que asume la categoría de postulado en las democracias modernas, y que es el que ha inspirado la disposición constitucional que se analiza, ¿será opuesto el que el Congreso, impelido por la fuerza misma de las circunstancias en presencia de uno de los mayores derrumbamientos que en los últimos siglos haya sufrido el orbe entero en el orden de la economía pública y privada, y guiado por el patriótico anhelo de llevar a manos del Ejecutivo los medios de acción necesarios para poner un pronto dique al mal que ha amenazado aniquilar al Estado y los elementos de vida del país, haya investido al Jefe del Gobierno, por tiempo determinado y como medida de carácter extraordinario, de la facultad de procurar entradas al Fisco pr medio del establecimiento de nuevos impuestos y la reorganización de los existentes?

Nó; porque mal puede decirse en el caso contemplado, que los nuevos tributos vengan a crearse sin el querer de los representantes del pueblo en las Cámaras, comoquiera que éstas, al conferir las autorizaciones extraordinarias, hicieron consigna anticipada, en atención a las circunstancias excepcionales del momento, de su asentimiento a los impuestos que el Poder Ejecutivo considera necesarios para el remedio de los graves males que afligían a la comunidad social, y que trataban de evitar con aquellas autorizaciones. Mayor prestancia adquiere este razonamiento ante la consideración de que cuando el Presidente de la República obra en ejercicio de investidura especial, otorgada por el Congreso de determinadas facultades legislativas, es este mismo cuerpo quien actúa por el intermedio del Presidente, y por ello los decretos que en tales circunstancias dicte el último, tienen fuerza legislativa, y se conocen con el nombre de decretos-leyes. Y si el Presidente, al llevar a la práctica las autorizaciones, lo hace en forma tál que no merezca la aprobación de los voceros del pueblo en el Parlamento, expedita le queda a éstos en todo momento la facultad de abrogar los decretos legislativos dictados por aquél, o de modificarlos como a bien tengan, viniendo así a prevalecer siempre en materia de tributos la voluntad de los representantes del pueblo en las Cámaras.

Guardan las anteriores conclusiones perfecta armonía con sanos principios en materia de hermenéutica, pues no siendo el Estatuto Fundamental en sí mismo un fin, sino un medio para asegurar el bienestar común, no puede interpretársele en forma que sacrifique ese bienestar y coloque al legislador en la imposibilidad de adoptar las medidas a que en su prudente arbitrio considere necesario recurrir en momentos de alarma e inquietud generales, para conjurar los peligros que amenacen a la colectividad.

En cuanto a la aseveración que hacen los demandantes, apoyados en algunos conceptos del comentador señor Samper, de no ser posible que el Congreso invista al Presidente de la República, en virtud de la atribución que le confiere el numeral 10 del artículo 76 de la Carta,

de facultades que constitucionalmente corresponden al Poder Legislativo, ya este cargo quedó estudiado atrás, al considerar la acusación al artículo 4º de la Ley 99 de 1931.

Es de anotar igualmente que no existe similitud entre el caso que aquí se considera y la prohibición constitucional de establecer las penas de muerte y de confiscación. Habiendo sido abolidas estas penas por el constituyente mismo, ninguna de ellas puede ser establecida en forma alguna por ninguno de los poderes públicos, sin quebrantamiento de la Constitución; en tanto que la facultad de imposición no ha sido abolida, sino que se halla circunscrita al Congreso, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Municipales, y al Gobierno, cuando el Congreso le inviste de facultades extraordinarias, sin que obre en contra el mencionado artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, porque al establecer un impuesto el Gobierno, en uso de sus facultades extraordinarias, en el fondo procede en reemplazo del Congreso por autorización de éste, lo que hace que el acto sea del Congreso mismo por el intermedio del Gobierno, como ya se declaró.

Ninguna coordinación con el caso que se considera encuentra la Corte a la cita que la acusación hace del ordinal 2º del artículo 20, Acto legislativo número 3 de 1910, conforme al cual está entre las atribuciones de la Cámara de Representantes la de iniciar la formación de las leyes que establezcan contribuciones u organicen el Ministerio Público, pues esta disposición sólo tiene aplicación cuando la ley que establece la contribución es expedida por el Cuerpo legislativo; nó, como es obvio, cuando éste faculta extraordinariamente al Presidente de la República para establecerla. Ahora, si con aquella cita se quiere llamar la atención al origen popular que deben tener los impuestos, por ser la Cámara baja la que representa más directamente a la masa de la población, o sea a los contribuyentes, ya se vio que a ese concepto no se opone la autorización que en circunstancias excepcionales y por tiempo limitado otorguen las Cámaras al Poder Ejecutivo.

Tampoco es exacto que la Corte haya sentado la doctrina de no ser posible que el Congreso revista extraordinariamente al Presidente de la República de la facultad de establecer impuestos. De las sentencias que citan los demandantes, la única que contempla el caso previsto en el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución, o sea el de la investidura de facultades extraordinarias, es la de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos quince, que corre publicada en los números 1189 y 1190 de la **Gaceta Judicial**. En ese fallo no se contienen los conceptos precisos que los demandantes le atribuyen, tomándolos del extracto de aquel fallo, contenido en la **Jurisprudencia de la Corte**, sino los siguientes:

"Y si al fallar sobre la exequibilidad del artículo 8º de la Ley 18 de 1907, juzgó esta corporación que en él no se contenía una delegación de la facultad privativa del Congreso, determinada en el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, con mayor razón debe hacer hoy extensivo el mismo concepto al artículo 1º de la Ley 126 de 1914, tanto porque los impuestos que han dado lugar a esta actuación tienen su origen en una ley, como porque al dictarla el Congreso no obró, como antes, apoyándose en la novena de las atribuciones detalladas en dicho artículo constitucional, sino haciendo uso de la que le concede el numeral 10, para **revestir pro tempore** al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen." **(Gaceta Judicial**, año XXIII, página 340).

Al hablar el pasaje transcrito de la facultad privativa del Congreso, determinada en el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, o sea la de establecer las rentas nacionales, lo hace refiriéndose a los conceptos emitidos sobre el particular en la sentencia que falló la acusación al artículo 8º de la Ley 18 de 1907, disposición ésta que no es de facultades extraordinarias, sino de simples autorizaciones ordinarias, de las consagradas en el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución, y así lo dice expresamente el pasaje preinserto. De suerte que tales conceptos no tienen aplicación, tratándose, como al presente, de una ley de índole completamente diferente a la 18 de 1907.

Lo que se acaba de decir es igualmente aplicable a los demás fallos que se mencionan en la demanda, pues todos ellos dicen relación a leyes de facultades que no revisten el carácter de extraordinarias.

En cuanto a la sentencia de veinte de junio de mil novecientos catorce, ella versa sobre validez de una ordenanza departamental.

Lo expuesto conduce a concluír que no es fundado el cargo consignado en la primera de las proposiciones que se analizan.

Segunda proposición.

En sustentación de ella alegan los demandantes que la facultad de "establecer, aumentar, disminuír, reorganizar o refundir los impuestos que el Gobierno considere indispensables," conferida por el artículo 3º de la Ley 119 de 1931, carece de la precisión requerida por el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución.

Agregan que la referida facultad es absolutamente vaga, impuntual, indeterminada, por cuanto no se señalan cuáles son los impuestos que el Gobierno puede establecer, ni se da una norma por la cual deba éste guiarse en su establecimiento, en su incidencia y en su cuantía, y que las palabras "que el Gobierno considere indispensables," expresan todo lo contrario de puntualizar, y determinar, porque equivalen a dejar en libertad al Ejecutivo para obrar como a bien tenga.

Renuevan aquí los actores el problema atrás suscitado sobre la inteligencia que haya de dársele a la expresión "precisas facultades," empleada en el numeral 10 del artículo 76 de la Carta. Mas ya se vio que la Constitución no exige otra precisión en las autorizaciones que la que sea compatible con las circunstancias del momento y con el remedio de las necesidades para cuya satisfacción se otorgan aquéllas.

Siguiendo este criterio, cabe preguntar: ¿siendo el Poder Ejecutivo quien debía concebir y realizar el plan fiscal y económico necesario para solucionar la crisis en estos dos órdenes de la economía nacional, a causa de no sentirse el Congreso, por unas u otras razones, en condiciones para abordar con éxito dicho problema, era dable exigir a este último que determinara de antemano los impuestos que el Gobierno, en uso de las autorizaciones, podía establecer, y más aún, que fijara normas respecto de su cuantía y otros detalles, como lo insinúan los demandantes? Exigir esto, equivaldría a pretender que el Congreso hubiera concebido en su conjunto y en sus pormenores el plan económico y fiscal que debía llevarse a cabo, y precisamente, por no estar el cuerpo legislativo en condiciones para ello, fue por lo que se confirieron las autorizaciones. Luego no era compatible

la exigencia de que se trata con el fin que éstas perseguían, y por lo mismo la falta de tal determinación no puede considerarse como motivo de inconstitucionalidad de la disposición legal que otorgó las autorizaciones.

Por lo dicho, no encuentra la Corte comprobado el cargo que se contiene en la segunda proposición.

Decreto número 92 de 1932.

A todos los decretos dictados por el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por las Leyes 99 y 119 de 1931, se les acusa en el concepto de tener viciadas sus fuentes mismas, o sean las Leyes mencionadas, por los motivos de inconstitucionalidad que se dejan analizados. Mas como ya se vio que tales Leyes no adolecen de las tachas de inconstitucionalidad que se les ha formulado, la acusación que por el concepto expresado se dirige contra los Decretos citados, dictados en desarrollo o ejercicio de las facultades conferidas por aquéllas, tampoco puede prosperar.

Subsidiariamente, para el caso de no declararse inexequibles las autorizaciones conferidas en las Leyes 99 y 119 de 1931, por los motivos que ya se han examinado, se impugna el Decreto número 92 del año último, originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto por él se establecieron nuevos impuestos y se aumentaron otros existentes.

Acúsanse en el concepto de aumentar impuestos que ya existían, los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 20 del artículo 1º, y los artículos 20, 21 y 22; y en el concepto de crear impuestos nuevos, los numerales 7º, 9º, 15, 19, 34 a 60 del artículo 1º, así como los artículos 15, 17, 18 y 19.

Con las disposiciones relacionadas se dicen violados los numerales 11, 12 y 13 del artículo 76 de la Constitución, y los artículos 6º y 67 del Acto legislativo número 3 de 1910.

El fundamento de esta acusación, según lo expresan los demandantes, es el mismo que se contiene en la proposición primera, formulada en relación con el artículo 3º de la Ley 119 de 1931, o sea la de que la facultad de establecer, aumentar, disminuír, reorganizar o refundir impuestos es privativa del Congreso, y no puede ser delegada a ningún otro poder o entidad. De suerte que lo dicho en orden a la referida proposición es en un todo aplicable a esta nueva acusación, y, por ende, no puede ella tener éxito.

Resta sólo examinar en lo que atañe a este capítulo de la demanda, la invocación que se hace a lo dispuesto en el artículo 67 del Acto legislativo número 3 de 1910, cuyo tenor es como sigue:

"En tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el Presupuesto de rentas, ni hacer erogación del Tesoro que no se halle incluída en el de gastos."

Aun cuando los demandantes no expresan el concepto en que estiman violado el canon constitucional preinserto, es indudable que quieren hacer referencia a que los nuevos impuestos que ellos consideran establecidos por el Decreto de que se trata, no figuran en el Presupuesto de rentas, motivo por el cual estiman que ese acto del Gobierno infringe el citado mandato constitucional.

Tampoco es fundado el cargo, porque el Decreto que se analiza no establece ninguna nueva contribución. En efecto, las disposiciones que los actores señalan como creadoras de impuestos que no existían, son varios numerales del artículo 1º y los artículos 15 y 17 a 19. El artículo 1º versa en su totalidad sobre impuesto de timbre, como lo hace ver el epígrafe de la sección del Decreto a que pertenece dicho artículo y el encabezamiento de éste, los cuales dicen textualmente:

"Impuesto de timbre nacional.

"Documentos sujetos al impuesto.

"Artículo 1º Los siguientes actos y documentos llevarán estampillas de timbre nacional por los valores que a continuación se expresan....."

En cuanto a los artículos 15, 17 y 18, hacen parte de la sección denominada **"Impuesto de consumo,"** y establecen éste sobre los cigarrillos de producción nacional y de procedencia extranjera, sobre bebidas gaseosas del país y sobre los fósforos de cerilla y de palo. Finalmente, el artículo 19 se refiere al impuesto sobre la renta.

Ahora bien: tanto el impuesto de timbre nacional como el de consumo y el impuesto sobre la renta, han venido figurando en los últimos presupuestos nacionales, como puede verse en la Ley 77 de 1930, contentiva del Presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal de 1º de enero a 31 de diciembre de 1931, cuyo artículo 1º incluye los tres impuestos mencionados entre las rentas ordinarias del Estado, siendo de notar que dicho Presupuesto rigió también para el año de 1932, en que entraron en vigor las disposiciones del Decreto que se considera, a causa de no haberse expedido Ley de Presupuesto para dicha vigencia fiscal.

En suma, aunque por el acto gubernativo acusado fueron gravados algunos objetos que no lo estaban anteriormente, no por ello puede decirse que se establecieron impuestos nuevos. Lo que acaeció fue que se hicieron extensivos impuestos ya existentes e incluídos en los respectivos presupuestos, a objetos que antes no estaban sometidos a ellos, y por lo mismo, no se quebrantó con la creación de aquellos gravámenes el precepto del artículo 67 del Acto legislativo número 3 de 1910.

Sobre este particular son suficientemente claros los siguientes conceptos del Acuerdo de Corte Plena número 33, de 7 de marzo de 1918, que corre publicado en el número 1360 de la **Gaceta Judicial:**

"Por lo que hace a la violación del artículo 67 del Acto legislativo número 3 de 1910, que establece que en tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el Presupuesto de rentas, ni hacer erogación del Tesoro que no se halle incluída en el de gastos, se observa con el señor Procurador:

'El hecho de que los impuestos de consumo hayan sido aumentados por la Ley citada, no quiere decir que se les deba estimar como de un ramo distinto, no mencionado en el Presupuesto; y se sabe que las sumas que en él se fijan no son absolutas, invariables, pues tan sólo son aproximadas, de manera que en la práctica pueden aumentar o disminuír.'

"Y esto lo dice después de observar que en el Presupuesto existe la renta de impuesto de consumo.

"El presupuesto de rentas de un país es el cómputo probable y anticipado de las que pueden recaudarse en un período fiscal. En él figuran todas las rentas; y si una ley incluye en un renglón del presupuesto objetos que antes no estaban gravados, no por eso puede decirse que la renta que ese gravamen reporta no figura en el presupuesto. Tal sucede, verbigracia, con la renta de aduanas. Ella figura en el Presupuesto, y la componen los objetos que pagan derechos al entrar al país; pero si

una ley incluye entre los gravados un artículo que antes no lo estaba, se puede cobrar ese gravamen, porque pertenece a la renta de aduanas, que figura en el Presupuesto de rentas. Lo mismo cabe decir de la renta de consumo, a la cual pertenecen los artículos cuyo gravamen autoriza la Ley 69 de 1917."

Restricciones al comercio del oro.

La acusación a las medidas dictadas por el Gobierno en materia de cambios internacionales, comercio y exportación de oro, la formulan los demandantes de la siguiente manera:

"Por medio del artículo 1º del Decreto ejecutivo número 1683 de 1931, se suspendió temporalmente el libre comercio del oro y su exportación. Esta prohibición solamente dejó de cobijar al Banco de la República. Por el artículo 5º del mismo se estableció que 'el Banco de la República será la única entidad que puede comprar y a la cual se pueden vender cambios internacionales.'

"El artículo 1º del Decreto número 1723 de 1931 ordenó a todos los bancos que depositaran las reservas metálicas que tuvieran en sus cajas en el Banco de la República. Los artículos 1º y 2º del Decreto 1941 del mismo año, dicen que "todas las solicitudes para traspaso de fondos al Exterior que tengan que hacer los Bancos Hipotecarios, los Departamentos y los Municipios serán considerados por la Junta de Control, la cual podrá negar el permiso, y que si así lo hace, los fondos deben depositarse en el Banco de la República a orden del acreedor. El artículo 1º del Decreto número 2092 de 1931, reafirmó que todas las transacciones de compra y venta de cambio exterior y de monedas extranjeras serán hechas únicamente por el Banco de la República. El artículo único del Decreto número 2225 de 1931 dice que la Comisión de Control podrá conceder permisos para compra de cambio exterior hasta por una cantidad de $ 100,000 (posteriormente se aumentó en $ 50,000), para compra de cambio exterior. Los artículos 1º a 12 del Decreto número 1871 del año pasado, imponen varias restricciones al comercio de exportación, que no creemos necesario detallar.

"Señalamos todas estas disposiciones como violatorias de los artículos 31 y 47 de la Constitución; 4º del Acto legislativo número 3 de 1910 y único del Acto legislativo número 1 de 1921.

"Violan el artículo 31, Constitución Nacional, porque la totalidad de los ciudadanos que en uso de un derecho reconocido por la ley y amparado por la Constitución, habían dedicado sus actividades al comercio del oro y al cambio internacional, tenían ya un derecho adquirido para continuar indefinidamente sus labores sin ser molestados en ellas, y estos Decretos no sólo los incapacitan para seguir trabajando en ese oficio, sino que los castigan con fuertes penas en el caso de que no abandonen sus ocupaciones.

"Además, violan el artículo 47 de la Constitución, por cuanto que vienen a prohibir el ejercicio de un derecho que consagra ese artículo, al permitir la formación de compañías o asociaciones públicas o privadas que no sean contrarias a la moralidad ni al orden legal. Y formar compañías que tengan por objeto negociar con el oro o con el cambio internacional, no es, que nosotros sepamos, ni inmoral ni ilegal.

"Todos los Decretos, en los artículos señalados, son esencialmente opuestos al 4º del Acto legislativo número 3 de 1910, por la sencillísima razón de que este artículo establece que 'ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley, y ningún monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de él deban quedar privadaos de una industria lícita.'

"Con las disposiciones citadas se ha establecido en favor del Banco de la República el monopolio del comercio de compra y venta de cambio exterior y de monedas extranjeras, y se ha suspendido para los particulares el libre comercio de oro, y se le ha dado también a este mismo Banco el monopolio de este comercio, porque conservará la facultad de comprar, vender y exportar oro y de negociar con cambios internacionales (artículo 1º, Decreto ejecutivo 1683).

"Estos monopolios fueron expresamente exceptuados en las leyes de facultades extraordinarias. Fue la única facultad que expresamente le negó al señor Presidente el Parlamento de 1931.

"Y estos monopolios, creados por varios decretos que no son leyes y sin previa indemnización a los damnificados, como lo prescribe el artículo 4º, Acto legislativo número 3 de 1910, pecan deslumbradoramente contra la Carta Fundamental. Y no se arguya que los Decretos están basamentados en una ley de autorizaciones extraordinarias, pues jamás una ley de esta naturaleza puede abarcar el Título III de la Constitución—dentro del cual se halla el artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910—y aunque pudiera abarcarlo, no se concibe cómo se pueda ir—no ya contra el espíritu—sino contra la letra misma de la Constitución: 'ningún monopolio podrá establecerse sin que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que queden privados del ejercicio de una industria lícita.'

"Finalmente, las prohibiciones contempladas se oponen al artículo único del Acto legislativo número 1º de 1921, que dice:

'Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta, sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores. Las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.'

"Ocupación honesta es la de negociar con el cambio internacional y con el oro, y, sin embargo, ha sido prohibida y severamente castigada.

"Por todas estas consideraciones hemos demandado por inconstitucionales los artículos de los Decretos a que hemos hecho referencia en el punto cuarto de la presente demanda."

Cuatro son los textos constitucionales que se dicen violados con los Decretos que se acusan en esta sección de la demanda: los artículos 31 y 47 de la Ley Fundamental, el 4º del Acto legislativo número 3 de 1910, y el único del Acto legislativo número 1º de 1921.

Mas antes de estudiar en sí mismo cada uno de estos varios cargos, es menester tomar en consideración que los Decretos números 1683, 1723, 1871, 1951, 2092 y 2225 de 1931, emanados todos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por los cuales se adoptaron una serie de medidas relativas al comercio y exportación del oro y a los cambios internacionales, y que son materia de acusación, tuvieron como base inmediata y directa lo establecido en el artículo 21, inciso a), de la Ley 25 de 1932, orgánica del Banco de la República, cuyo tenor es el siguiente:

"El representante legal del Gobierno consignará en el contrato por el cual el Banco quede constituído legalmente, las siguientes obligaciones a cargo de la Nación:

"a) Permitir al Banco el libre comercio del oro, con derecho para importarlo o exportarlo sin gravamen u obstáculo. En caso de conmoción interior o exterior, el Gobierno y el Banco pueden acordar la suspensión temporal del libre comercio de oro."

Que tal fue la base primordial de los referidos Decretos, lo reza expresamente el primero de ellos, número 1683, de 24 de septiembre, en sus considerandos, que a la letra dicen:

"1º Que la Junta Directiva del Banco de la República, en sesión de esta misma fecha, ha solicitado del Gobierno que, en virtud del artículo 21, letra a), de la Ley 25 de 1923, y de conformidad con la cláusula 11 del contrato celebrado entre el mismo y los organizadores del expresado Banco, proceda a suspender temporalmente el libre comercio de oro.

"2º Que el Gobierno ha consultado a la Comisión Interparlamentaria, creada por la Ley 99 de 1931, las medidas a que se refiere el presente Decreto, y especialmento la relacionada con la suspensión temporal del libre comercio de oro, y que esta Comisión ha emitido concepto favorable sobre las citadas medidas.

"3º Que esta medida aislada no produciría los resultados que se buscan, si no viene acompañada de otras disposiciones que establezcan el control de las operaciones de compras y ventas de monedas extranjeras, semejantes a las adoptadas por la mayor parte de los países, control también aceptado por aquella Comisión.

"4º Que el concepto de la Superintendencia Bancaria ha sido favorable en lo que se relaciona con estas medidas; y

"5º Que el Ejecutivo considera que es el caso de aplicar la disposición contenida en el artículo 21 citado antes, en atención a la presencia evidente de una conmoción económica, tanto interna como externa; y que en esta apreciación e interpretación de la disposición están de acuerdo con el Gobierno tanto la Comisión Interparlamentaria como la Junta Directiva del Banco de la República."

Por el referido Decreto 1683 se suspendió temporalmente el libre comercio de oro, se prohibió la exportación de dicho metal, se estableció el "control de los cambios internacionales y de traslados de fondos al Exterior," se encomendó éste a un organismo que se creó con el nombre de "Comisión de Control de Operaciones de Cambio," y se fijaron las atribuciones de esta entidad.

Los restantes Decretos impugnados en el capítulo de la demanda que se analiza, no son otra cosa que desarrollo, y en ocasiones rectificación, de las medidas adoptadas en el primero, y versan todos sobre la misma materia.

La circunstancia de tener los Decretos relacionados su fundamento en el artículo 21 de la Ley 25 de 1923, trae como consecuencia el que, no habiéndose acusado la referida disposición legal, no sea posible entrar a considerar la impugnación que se hace a aquellos Decretos. La Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que cuandoquiera que un decreto tenga por fundamento una ley, no hay lugar a fallar la demanda de inexequibilidad que contra el primero se formule, en tanto que no se haya acusado también la ley en que éste se apoye, por cuanto no es dable en tales circunstancias decidir acerca de la inexequibilidad del acto gubernativo, sin juzgar el punto relativo a la constitucionalidad de la ley que lo sustenta.

Impuesto sobre los intereses y suspensión de remates.

Recae en último término la acusación sobre el Decreto número 280, de 16 de febrero de 1932, "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre asuntos bancarios y financieros."

Se considerarán separadamente los dos aspectos por los cuales se ataca este acto del Gobierno.

Primer aspecto.

Impúgnase el artículo 1º del Decreto, en cuanto por él se rebajan los intereses legítimamente pactados en obligaciones contractuales, y el 7º en cuanto ordena suspender los remates en los juicios ejecutivos en que se hayan embargado bienes raíces, como opuestos al artículo 31 del Estatuto, que ampara los derechos adquiridos, conforme a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas.

Desarrollan así los demandantes su acusación:

"Quienes amparados y confiados en la legislación, pactaron y acordaron un determinado tipo de interés en sus operaciones, crearon entre sí una relación jurídica indestructible por terceros. Tan sólo su propia voluntad podría modificarla. Uno de ellos, el acreedor, adquirió un derecho genuino, a que el otro, el deudor, le pagara determinada cantidad. Tenía un derecho adquirido a percibir cierta cantidad por concepto de interés. Este derecho lo ampara y lo protege con esmero nuestra legislación y da las acciones del caso para hacerlo efectivo. El Decreto 280, al disminuír los intereses, vulneró derechos adquiridos y atropelló al artículo 31, Constitución Nacional.

"Razonamiento similar cabe hacer respecto del artículo 7º del mismo Decreto. En él se ordena la suspensión temporal de los remates, atentando fundamentalmente al derecho adquirido por el acreedor que hubiese obtenido declaración judicial, señalando fecha para el remate del inmueble de propiedad de su ejecutado."

En orden al cargo formulado contra el artículo 1º, la Corte observa:

No basta que una ley afecte derechos adquiridos para que resulte violatoria del artículo 31 de la Constitución Nacional, porque si al afectarlos lo hace por vía de pena o apremio, o indemnización o contribución general, queda justificada la ley, al tenor del artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, que dice:

"En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad, en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación."

Que el impuesto establecido en el artículo 1º del Decreto número 280 de 1932, esté o nó dentro de las normas de la Carta Fundamental, es cuestión que escapa al estudio de la Corte en este fallo, por no haber sido tratado tal aspecto de la cuestión en la demanda sobre que recae esta decisión. La acusación, como ya se vio, solamente ataca el artículo 1º del mencionado Decreto como violatorio del artículo 31 de la Constitución, que ampara los derechos adquiridos, y aunque el señor Procurador se

pronuncia en el sentido de que el impuesto establecido en aquel Decreto no tiene las características de un verdadero impuesto, siendo, por lo tanto, inconstitucional, lo cierto es que la Corte no puede entrar en el estudio de fondo de esa cuestión, por no haber sido propuesta en la demanda.

Ya se vio que la impugnación al artículo 7º se basa en ser la suspensión de los remates que en él se establece violatoria de derechos adquiridos por los acreedores, que a la fecha de entrar a regir el Decreto hubieran obtenido un señalamiento de día para llevar a cabo el remate de bienes de propiedad de su deudor.

Dice así el artículo:

"En los juicios ejecutivos con acción real o personal, y en los juicios 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, la actuación se suspenderá, si así lo pidiere el deudor, desde el momento en que el juicio llegue al estado de señalar día para el remate o antes de efectuarse éste, si ya se hubiere hecho tal señalamiento. La suspensión será durante el presente año. Si el deudor hiciere uso del derecho que con el presente artículo se le otorga, los bienes embargados pasarán a manos de un depositario nombrado por éste. En tal caso, el producto líquido de los frutos se irá entregando al acreedor para ser abonado a la deuda.

"Exceptúanse de la suspensión los juicios que adelanten o promuevan la Nación, los Departamentos y los Municipios contra los deudores o responsables de sus respectivos Tesoros."

Según los términos del texto transcrito, la suspensión de los juicios ejecutivos allí prevista, sólo pudo tener efecto durante el año de mil novecientos treinta y dos, en que se dictó el Decreto de que tal disposición hace parte. Habiendo, pues, dejado de producir efecto la citada disposición desde la expiración del año mencionado, no existe hoy materia sobre la cual pueda recaer la declaración de inexequibilidad demandada. La Corte tiene decidido en repetidos fallos que, para que una disposición pueda ser declarada inexequible, es menester que tenga al menos posible cumplimiento, una vez que el fallo sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración de que la disposición respectiva no puede ejecutarse, no puede cumplirse.

Segundo aspecto.

Dícese que el prenotado Decreto 280 contiene disposiciones que reforman otras de carácter jurídico, tales como las contenidas en los artículos 1º, 2º, 3º y 7º, y que estando adscrito al Ministerio de Gobierno el ramo jurídico, sería menester para que el Decreto tuviera fuerza obligatoria, que llevara la firma del Ministro de Gobierno, de acuerdo con lo estatuído en los artículos 59 de la Constitución y 30 del Acto legislativo número 3 de 1910. Pero como carece de tal requisito, el memorado Decreto es inconstitucional.

Las disposiciones constitucionales que se acaban de citar establecen en su orden:

"El Presidente de la República es el Jefe del Poder Ejecutivo, y lo ejerce con la indispensable cooperación de los Ministros. El Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular el Presidente con el Ministro del respectivo ramo, constituyen el Gobierno."

"Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable."

Acorde con lo establecido en los dos textos que se acaban de leer, el artículo 132 del Estatuto Fundamental dispone que el número, nomenclatura y precedencia de los Ministerios o Departamentos Administrativos será determinado por la ley, y que la distribución de los negocios, según sus afinidades, corresponde al Presidente de la República.

En ejercicio de esta última atribución, dictó el Jefe del Ejecutivo, con la firma de todos los Ministros, el Decreto número 1704 de 1923 (**Diario Oficial** números 19464 y 19465), por el cual se hace la distribución de los negocios de orden administrativo de la República, entre los Ministros del Despacho Ejecutivo y los Departamentos Administrativos.

En ese acto se le asignaron al Ministerio de Gobierno los siguientes asuntos:

Personal y material de la Presidencia de la República, del Congreso Nacional, del Ministerio de Gobierno y de las Intendencias Nacionales y Comisarías Especiales; la Policía y Gendarmería Nacionales; el orden público; las penitenciarías, las cárceles, colonias penales y agrícolas, casas de corrección y de reforma, y todo lo relacionado con este ramo; medicina legal, reconocimiento de personería jurídica a corporaciones y entidades constituídas con un fin de utilidad común, y vigilancia de las mismas; nombramientos y renuncias de los Ministros, Gobernadores, Intendentes y Comisarios; personal y material del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Consejo de Estado y Tribunales de lo Contencioso Administrativo; elecciones; sustitución y rebaja de penas; notariato y registro, cambio de radicación de asuntos criminales; división territorial; legalización de firmas de funcionarios públicos y autenticación de documentos; publicación de leyes y decretos orgánicos; revisión del censo de la República; protección de indígenas y resguardos de éstos; archivos nacionales; internación y expulsión de extranjeros.

Como puede verse, en esta enumeración no se halla comprendido el "ramo jurídico," de que hablan los demandantes; y aunque tampoco está incluído entre los asuntos atribuídos por el mismo Decreto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cierto es que la casi totalidad de las disposiciones de aquél versa sobre asuntos bancarios y rentísticos, los cuales están adscritos a este último Despacho ejecutivo. Los mismos artículos 1º, 2º y 3º que los demandantes consideran que tratan de asuntos pertenecientes al Ministerio de Gobierno, versan sobre impuestos, y por tal concepto corresponden también al Ministerio de Hacienda.. No habiendo, pues, razón para que el Decreto llevara la firma del Ministro de Gobierno, no existe fundamento para declararlo inconstitucional por la falta de tal requisito.

En armonía con lo dicho, y en parte con el concepto del señor Procurador, la Corte Suprema, reunida en pleno, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

Primero. No son inexequibles, en el concepto en que han sido acusados, los artículos cuarto (4º) de la Ley noventa y nueve (99) de mil novecientos treinta y un (1931), y tercero (3º) de la Ley ciento diez y nueve (119) del mismo año.

Segundo. No son inexequibles, en el concepto por que se les acusa, los numerales uno (1), dos (2), cuatro

ocho (4 a 8), diez a catorce (10 a 14), diez y ocho (18) y veinte (20) del artículo primero (1°), ni los numerales siete (7), nueve (9), quince (15), diez y siete (17) diez y nueve (19) y treinta y cuatro a sesenta (34 a 60) del mismo artículo primero (1°), ni los artículos quince (15) y diez y siete (17) a veintidós (22) del Decreto número noventa y dos (92) de mil novecientos treinta y dos (1932), originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Tercero. No hay lugar a fallar en el fondo la acusación dirigida contra las siguientes disposiciones: el artículo primero (1°) y el quinto (5°) del Decreto ejecutivo número mil seiscientos ochenta y tres (1683) de mil novecientos treinta y uno (1931), el artículo primero (1°) del Decreto mil setecientos veintitrés (1723) de mil novecientos treinta y uno (1931), los artículos primero (1°) y segundo (2°) del Decreto mil novecientos cincuenta y uno (1951) del mismo año, el artículo primero (1°) del Decreto dos mil noventa y dos (2092) de mil novecientos treinta y uno (1931), el artículo único del Decreto dos mil doscientos veinticinco (2225) de mil novecientos treinta y uno (1931), y los artículos primero (1°) a doce (12) del Decreto mil ochocientos setenta y uno (1871) del mismo año, originarios todos estos Decretos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cuarto. Por sustracción de materia no es el caso de decidir la acusación propuesta contra el artículo séptimo (7°) del Decreto doscientos ochenta (280) de mil novecientos treinta y dos (1932), procedente igualmente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Quinto. No es inexequible el Decreto doscientos ochenta (280), de fecha diez y seis (16) de febrero de mil novecientos treinta y dos (1932), en el concepto acusado, o sea como violatorio de los artículos cincuenta y nueve (59) de la Constitución y treinta (30) del Acto legislativo número tres (3) de mil novecientos diez (1910); como tampoco es inexequible el artículo primero (1°) de este Decreto, considerado aisladamente y en el concepto acusado, o sea como violatorio del artículo treinta y uno (31) de la Constitución.

Pásese copia de este fallo a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público.

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

PARMENIO CARDENAS—**José Miguel Arango—Enrique A. Becerra—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Carlos Arturo Díaz—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Luis Eduardo Gacharná**, Conjuez—**Eduardo Rodríguez Piñeres**, Conjuez—**Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Considera la Corte que el desiderátum en materia de facultades extraordinarias de que se puede revestir al Presidente de la República por el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución, es que esas facultades sean enumeradas y pormenorizadas hasta una verdadera individualización, como garantía de los derechos ciudadanos, y para evitar la arbitrariedad en que pueda incurrir el Ejecutivo al hacer uso de autorizaciones vagas o que no estén suficientemente determinadas; pero esta recta, jurídica y republicana interpretación del texto constitucional, que está respaldada con la costumbre legislativa en esas materias, que se ha convertido en tradición constitucional, es desvirtuada en la sentencia por un razonamiento de hecho, extraño a la cuestión de derecho, al punto constitucional debatido, cual es que no siempre, por circunstancias excepcionales, se pueden precisar esas facultades.

El hecho de que por circunstancias excepcionales o por falta de conocimiento anticipado en el Congreso de los remedios que hayan de adoptarse, no puedan enumerarse esas facultades, no autoriza para borrar del texto constitucional la palabra **precisas**, que tiene suma importancia, como luégo se verá.

Esas apremiantes necesidades darán lugar a que se reforme el canon constitucional, pero mientras él exista, las facultades tienen que ser pormenorizadas para que sean precisas.

No traen nuestros tratadistas comento alguno respecto del ordinal 10 del artículo 76 de la Carta, en extenso. El señor Samper se limita a decir que las facultades deben ser precisas, no vagas, ni generales o indeterminadas, por el peligro que corren las libertades públicas cuando el Gobierno asume esas facultades de hecho, y quizás ello no sería necesario, dada la redacción del numeral, tan límpida, tan clara, "de precisas facultades extraordinarias," es decir, de facultades conocidas, pues es un contrasentido decir que esas facultades son precisas cuando no se conocen. ¿Cómo puede ser preciso lo desconocido? Y en este caso están las facultades concedidas por el artículo 4° de la Ley 99 de 1931.

Allí sólo se determina la materia sobre que han de ejercitarse, pero ellas son desconocidas. No las conocía el Congreso cuando dictó la ley, ni la Nación, ni el mismo Gobierno, y no se oculta a la Corte que quizás sea conveniente que el país sepa qué es lo que va a hacer el Presidente de la República cuando está revestido de esas facultades extraordinarias.

Los antecedentes jurídicos están confirmando la tesis que se sostiene en este salvamento, cual es que el Congreso debe determinar, detallar las facultades extraordinarias de que reviste al Ejecutivo, para darle cumplimiento al numeral 10 del artículo 76. Como ejemplo, puede verse la Ley 69 de 1017, dictada en momentos difíciles para la República y para el mundo entero, y en ese entonces sí supo el Congreso cuáles medidas podía tomar el Ejecutivo para hacer frente a los graves problemas que afrontaba el país con la guerra mundial.

Hojéense esas leyes, y se verá que en todas ellas se enumeran las facultades que se le conceden al Presidente.

Los legisladores del año 31 fueron asaltados por la duda de si esas facultades desconocidas que iban a conceder, se ajustarían al texto constitucional, y por ello en los respectivos informes dijeron:

"Consideramos que se debe facultar al señor Presidente de la República para adoptar tales arbitrios, especificándolos en la Ley, para atemperarlos mejor a la letra de la Constitución, ya para despejar la duda que la Ley 99 ha creado, respecto a la facultad que ella confiere al Jefe de la Nación sobre el particular.

"Miguel Gómez Fernández—Jorge Vélez—Camilo Muñez O.—Gerardo Arias Mejía."

"Para aclarar la inteligencia del artículo 4° de la Ley 99 que comentamos, en el punto al establecimiento de nuevos impuestos o variación de los existentes, tanto el señor Ministro de Hacienda como el honorable Senado

han sugerido la conveniencia de señalar taxativamente la manera como el Presidente de la República pueda, en uso de las facultades extraordinarias, modificar nuestro sistema tributario según las circunstancias de la ocasión, y con el objeto de recuperar para el Erario las pérdidas que se hagan en el Presupuesto de rentas, como consecuencia de la restricción establecida para la importación de mercancías extranjeras.

"Asimismo nos permitimos precisar la facultad que el Presidente de la República debe tener como consecuencia y para asegurar la eficacia de las facultades extraordinarias que se le han conferido para abrir los créditos extraordinarios en la Ley de apropiaciones respectiva.

"Pedro J. Berrío—L. García Ortiz—R. Botero Saldarriaga—Pomponio Guzmán—Enrique de Narváez—N. Llinás Vega."

Hay también otro antecedente constitucional, que sirve para fijar el alcance de la palabra **precisas.**

Al discutirse el artículo que revestía de facultades al Presidente en tiempo de guerra (artículo 119), en el Consejo de Delegatarios de 1886, artículo que en su inciso 2º decía:

"Mediante tal declaratoria quedará el Presidente investido de las facultades que crea necesarias para contener la agresión o reprimir el alzamiento, con arreglo al Derecho de Gentes. Las medidas extraordinarias, o de carácter provisional legislativo, llevarán las firmas de todos los Ministros. El Gobierno declarará restablecido el orden público luégo que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias, siendo responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias."

El señor Ospina Camacho lo modificó así:

"Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y en su defecto, de las que le da el Derecho de Gentes para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias, o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios, siempre que lleven la firma de todos los Ministros."

Y para sustentar la modificación dijo:

"En el artículo primitivo se dice que, mediante la declaración de hallarse turbado el orden, el Presidente adquiere las facultades que **él crea necesarias** para restablecerlo, y, por consiguiente, quedan desde ahora anuladas la responsablidad moral del Presidente y la legal de los Ministros, si llegare a haber exceso en el ejercicio del poder discrecional que se les concede. No veo el derecho que la sociedad o el Congreso tuvieran para aseverar o negar que el Gobierno, en una situación dada, creyó o dejó de creer que esta o la otra medida de guerra eran o dejaban de ser necesarias, cuando el creer o no creer es un hecho meramente psicológico, que sólo puede apreciar el sér en quien se efectúa."

Si en caso de conmoción interna o guerra exterior, calamidades éstas las más subidas que pueden sobrevenirle a la Nación, apenas se inviste al Presidente de las facultades que le confieren las leyes, y en su defecto, de las que le da el Derecho de Gentes, ¿cómo es posible que en tiempo de paz, aunque la crisis que atraviesa el país sea muy aguda, se pueda investir al Presidente de mayores facultades que las que se le conceden en tiempo de guerra?

Párese la atención que el artículo que se comenta es igual en sustancia al que hoy rige (artículo 33, Acto legislativo número 3 de 1910).

Idénticas razones hay, tratándose del numeral 10 del artículo 76. Si no se quiere anular la responsabilidad del Presidente y de los Ministros, hay que determinar las facultades, pues de lo contrario el Ejecutivo puede dictar toda clase de medidas, alegando que en su concepto ellas estaban dentro de las precisas facultades que se le concedieron, y que eran necesarias, y ese concepto hay que respetarlo, por cuanto no se sabe cuáles son las facultades que se le concedieron.

Los juegos malabares de dialéctica con postizos ropajes jurídicos, que emplea la Corte para decidir que por el artículo 4º sí se concedieron precisas facultades al Ejecutivo, le sustraen autoridad al fallo.

Considero igualmente que el artículo 1º del Decreto 280 es inconstitucional, en cuanto autoriza la rebaja de intereses en los contratos celebrados entre particulares.

Dicen los demandantes:

"Quienes amparados y confiados en la legislación pactaron y acordaron un determinado tipo de interés en sus operaciones, crearon entre sí una relación jurídica indestructible por terceros. Tan sólo su propia voluntad podría modificarla. Uno de ellos, el acreedor, adquirió un derecho genuino a que el otro, el deudor, le pagara determinada cantidad. Tenía un derecho adquirido a percibir cierta cantidad por concepto de interés. Este derecho lo ampara y lo protege con esmero nuestra legislación, y da las acciones del caso para hacerlo efectivo. El Decerto 280, al disminuír los intereses, vulneró derechos adquiridos, y atropelló al artículo 31, Constitución Nacional."

A este reparo contesta la Corte:

"No basta que una ley afecte derechos adquiridos para que resulte violatoria del artículo 31 de la Constitución Nacional, porque si al afectarlos lo hace por vía de pena o apremio, o indemnización o contribución general, queda justificada la ley, al tenor del artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, que dice:

'En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad, en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación.'

"Que el impuesto establecido en el artículo 1º del Decreto número 280 de 1932, esté o nó dentro de las normas de la Carta Fundamental, es cuestión que escapa al estudio de la Corte en este fallo, por no haber sido tratado tal aspecto de la cuestión en la demanda sobre que recae esta decisión. La acusación, como ya se vio, solamente ataca el artículo 1º del mencionado Decreto, como violatorio del artículo 31 de la Constitución, que ampara los derechos adquiridos, y aunque el señor Procurador se pronuncia en el sentido de que el impuesto establecido en aquel Decerto no tiene las características de un verdadero impuesto, siendo, por lo tanto, inconstitucional, lo cierto es que la Corte no puede entrar en el estudio de fondo de esa cuestión, por no haber sido propuesta en la demanda."

A la contestación de la Corte observo: ella reconoce que el citado artículo viola derechos adquiridos, pero agrega que esos derechos adquiridos pueden violarse cuando se hace por vía de pena, o apremio o contribución, y que como el demandante no atacó por ese aspecto el Decreto, la Corte no puede estudiar el punto.

Peregrina respuesta ésta, en mi parecer. Tocábale a la Corte demostrar que ese derecho adquirido a cobrar interés, al tipo pactado por particulares, podía ser afectado por vía de impuesto, es decir, tenía que demostrar la Corte la excepción que consagra el artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, alegada por ella, que a los particulares se les había privado de ese derecho por vía de contribución, para exculpar la violación del artículo 31 de la Carta.

El acusador no ha planteado el problema de si el artículo acusado establece o nó una contribución; fue la Corte la que esbozó y echó sobre el demandante la carga de la solución; procedimiento inaceptable en la corporación.

En consecuencia, considero inconstitucional el artículo 4º de la Ley 99 de 1931 y el artículo 1º del Decreto número 280, de 16 de febrero de 1932.

Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y tres.

José Miguel Arango

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Salvo mi voto en esta decisión de la Corte, en lo relativo al gravamen que sobre los intereses establece el Decreto número 280 de 1932.

Estima el demandante, y esa es su acusación, que en el artículo 1º del citado Decreto no se establece un impuesto, sino lo que se hace es rebajar los intereses pactados entre acreedor y deudor, y termina diciendo que "el Decreto 280, al disminuír los intereses, vulneró derechos adquiridos y atropelló el artículo 31, Constitución Nacional."

El artículo 1º del Decreto acusado es de este tenor:

"Artículo 1º Grávanse los intereses que se causen desde la fecha de este Decreto en las operaciones de mutuo o préstamo de dinero, y los de las cédulas hipotecarias, con los siguientes impuestos:

"a) Los intereses de los préstamos efectuados por los bancos, con garantía hipotecaria de amortización gradual, con un impuesto equivalente a la cantidad en que dichos intereses excedan del 9 por 100 anual.

"b) Los intereses de las operaciones de mutuo, efectuadas entre particulares, con garantía real, con un impuesto equivalente a la cantidad en que tales intereses excedan del 10 por 100 anual; y los de operaciones, con garantía personal o sin garantía accesoria, con un impuesto equivalente al exceso del 12 por 100 anual.

"c) Los intereses de las cédulas emitidas dentro del país por los bancos hipotecarios, con un impuesto equivalente a la cantidad en que tales intereses excedan del 7 por 100 anual, pero dichas cédulas quedan exentas de impuesto sobre la renta."

Sería inexplicable la acusación si no se la considera relacionada con la segunda parte del artículo 2º del mismo Decreto, que dice:

"Artículo 2º Es entendido que cuando no se cobre un interés mayor del expresado en el artículo anterior, no se causará el impuesto. Cuando el acreedor exija un interés mayor, el monto del impuesto será retenido por el deudor, deduciéndolo del interés.

La segunda parte de este artículo 2º, es la que viene a precisar la verdadera fisonomía jurídica de la institución; es eso lo que, combinado con lo dispuesto en el artículo 1º, forma el conjunto que para el demandante reviste el aspecto de una rebaja de intereses con violación de derechos adquiridos por los acreedores, y amparados por el artículo 31 de la Constitución Nacional.

La mayoría de la Corte contesta este cargo, diciendo que "no basta que la ley afecte derechos adquiridos para que resulte violatoria del artículo 31 de la Constitución Nacional, porque si al afectarlos lo hace por vía de pena, o apremio, o indemnización o contribución general, queda justificada la ley, al tenor del artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910."

En esta contestación, tácitamente admite la Corte que el Decreto acusado afecta derechos adquiridos, como lo afirma el acusador; pero para justificar esa violación sienta una proposición universal, mas no aplica a ella el caso particular de que se trata, esto es, no demuestra que la disposición acusada constituye pena o apremio, o indemnización o contribución general, para llegar a la conclusión de que aunque, realmente, las referidas disposiciones del Decreto acusado, vulneran derechos adquiridos, tal vulneración está autorizada por la misma Constitución, y, por ende, no cae bajo el precepto del artículo invocado por el acusador.

No puede considerarse que el razonamiento de la Corte lleva tácito, como premisa menor, el concepto de que las disposiciones del Decreto de que se trata, afectan derechos adquiridos por vía de impuesto o contribución general, porque precisamente ese es el concepto atacado por el acusador, y que la Corte está obligada a demostrar, pues con tal modo de razonar, se incurriría en petición de principio, y al no entenderlo así, hay que convenir en que no se ha dado razón ninguna que desvirtúe el cargo del acusador.

Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y tres.

Germán B. Jiménez

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Conjuez Eduardo Rodríguez Piñeres.

En cumplimiento de mi deber, firmo la anterior decisión de la Corte; mas para poner a cubierto mi responsabilidad, salvo mi voto sobre la parte de ella de más sustancia, la que atañe a la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 99 de 1931 y del artículo 1º de la Ley 119 del propio año, y sobre algunos puntos relacionados con los decretos dictados por el Gobierno con apoyo en ellas.

Entre las atribuciones que al Congreso da el artículo 73 de la Constitución, se halla la de "revestir **pro tempore** al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen."

Descomponiendo el canon constitucional preinserto, se nota que él exige tres requisitos para que se revista al Presidente de la República de facultades extraordinarias:

1º Que el revestimiento sea **pro tempore**, pues allí la locución adverbial **pro tempore** modifica al verbo **revestir**, que le antecede inmediatamente.

2º Que las autorizaciones sean "precisas," por cuanto este adjetivo, antepuesto al sustantivo "facultades," lo especifica, denotando idea no comprendida en el nombre "facultades": la precisión.

3º Que la necesidad exija o las conveniencias públicas aconsejen darlas. Está expresado esto con la oración temporal que comienza con el adverbio relativo "cuando" ("cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen"); la cual indica la circunstancia en que se realiza o puede realizarse, lo expresado en la oración principal ("revestir **pro tempore** al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias").

Ni la locución adverbial "**pro tempore**" ni el adjetivo "precisas," ni la oración que principia con el adverbio relativo "cuando," son pues, ripios: ellos determinan las condiciones en que tiene cabida el revestir al Presidente de la República de facultades que, por corresponder al Congreso, no pertenecen al primero.

Y cada una de las tres condiciones obedece a razón clara.

A la vista salta que la exigencia de la precisión en las facultades corresponde, a más de otros, a estos propósitos del constituyente:

1º Impedir que, fuera de los casos a que se refiere el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910 (los de guerra exterior y de conmoción interior), se legisle como no quisiera legislar el Congreso o contra lo que éste quisiera; tanto más que los decretos dados en ejercicio de facultades extraordinarias, a diferencia de los decretos legislativos propiamente dichos, tienen fuerza de leyes en cuanto no hayan sido derogados.

2º Impedir, en consecuencia, que, no siendo los mismos casos de que trata el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, el Gobierno legisle sin sujeción a normas previamente señaladas por la única entidad a quien corresponde dirigir la marcha de la legislación, el Congreso; procúrase, por el contrario, que sólo éste la dirija.

3º Impedir, además, que en un momento dado un solo hombre tenga la potestad de legislar a su arbitrio para lo futuro. Tan esto es así, que la propia Constitución establece que los decretos legislativos propiamente tales, los cuales sí se dictan sin sujeción a normas trazadas por el legislador, dejen de regir tan pronto como haya cesado la guerra exterior o reprimídose el alzamiento.

En los casos del artículo 4º de la Ley 99 de 1931 y del 1º de la 119 del mismo año, se llenan cumplidamente la primera y la última de las condiciones exigidas por el Estatuto. No así la segunda, porque facultar al Gobierno, como en el primero se expresó, "para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis que atraviesa el país," es dar a aquél facultades vagas, imprecisas de toda imprecisión, con que se desatienden no sólo el claro texto constitucional sino también los motivos determinantes de la exigencia sobre que las facultades se precisen.

Pero en el fallo de que respetuosamente me aparto, se arguye que eso de **preciso** o de **impreciso** es cosa relativa, según las circunstancias; a lo cual observo que por relativo que sea el concepto de la **precisión** de un acto, no puede negarse que son absolutamente imprecisas, pues que carecen de toda precisión, facultades que conciernen a cualesquiera medidas fiscales y económicas que sean precisamente indispensables para resolver una mala situación económica y fiscal (impropiamente llamada crisis por el legislador, desde luégo que desacertadamente aplica él esta palabra a la mera escasez de medio circulante, que mejor se denotaría con la voz "acrisis," por cuanto allí puede comprenderse todo: desde hacer el presupuesto y establecer impuestos o aumentar los existentes, hasta cambiar el Código Civil, y aun derogar el Penal, con criterio bolschevique, so pretexto de que tál conviene a la economía nacional. En verdad, solamente la fórmula con que se expresase autorizar al Presidente para tomar las medidas que le pareciesen convenientes a todo fin, sería más imprecisa y vaga que la empleada en la Ley 99.

La Corte razona sobre la base de que, dada la relatividad del concepto de precisión, para saber si unas autorizaciones son precisas o nó, se ha de averiguar si hubo posibilidad o no de "puntualizar más o menos" las facultades conferidas al Presidente; con que la Corte peca contra el texto constitucional y contra toda lógica, porque, según lo visto, el atributo de la **precisión** debe tenerlo el acto **per se**, independientemente de las circunstancias meramente adjetivas de necesidad o conveniencia, que son exigidas como adicionales o concomitantes por el texto constitucional. Al subordinar así el concepto sustantivo de la **precisión** al adjetivo de las **circunstancias**, la Corte falsea, con el fundamento de la disposición constitucional, que quiere no dejar al arbitrio del Presidente la adopción de las medidas que éste debe tomar dentro del cartabón de las autorizaciones, el precepto de la Carta, que establece la responsabilidad presidencial por infracciones de las leyes; pues la autorización para tomar las medidas que sean precisamente indispensables para conjurar una **crisis**, lleva en sí, en concepto de la Corte, la de juzgar cuáles son las medidas "precisamente indispensables para conjurarla"; de donde se infiere que, a ser exactas las teorías de la Corte, jamás podría exigirse tal responsabilidad al Presidente, quien, acusado, se defendería victoriosamente, alegando que las medidas tomadas por él, en cuanto no conculcaban la Constitución, estában autorizadas, por ser, a su juicio, "precisamente indispensables para conjurar la crisis que atravesaba el país"; cuánto más que el concepto de si determinada medida es indispensable para ello, resulta más relativo que el de precisión en materia de autorizaciones; como que el primero, dada la complejidad de los fenómenos sociales, corresponde a materia más elástica, y en que con mayor facilidad puede incidirse en errores. Lo sentado por la Corte conduce, pues, a estas conclusiones:

1º Al emplearse el adjetivo "precisas" en el precitado texto constitucional, se incurrió en ripio, y no se preceptuó que las facultades extraordinarias habían de ser precisas; de que se sigue que el señor Caro, autor del texto, escribía pésimamente, y no se daba cata del valor de los vocablos.

2º El Presidente no tiene responsabilidad por sus actos, contrarios a las leyes, en cuanto se le haya dado autorización para tomar las medidas que sean precisamente indispensables para conjurar una **crisis**, aun cuando las medidas tomadas no hayan sido indispensables para ello, y hayan sido las contrarias de las que debieran haberse tomado.

Por último: en el fallo, copiándose parte de la vista del señor Procurador, se acoje, cual si fuera un axioma, el concepto de distinguido abogado ya difunto, quien lo

emitió cuando propuso modificar un proyecto de ley sobre autorizaciones, dejándolas tan amplias que no quedaran precisas; hay que tener en cuenta que él, por no ser partidario de la responsabilidad presidencial ni de que se pudiese tener como inconstitucional una ley expresa, y, por tanto, de que se pusiera coto a la voluntad soberana del Congreso por medio de la, para mí, preciosa facultad, que tiene la Corte de declarar inexequibles los actos de aquél que atenten contra la integridad de la Carta, trató de forjar teorías que disminuyesen los efectos de los cánones constitucionales a que no era adicto; y así, en aquella ocasión cayó en más de un error, entre los cuales anoto:

1º Considerar que, a vista de las circunstancias que exigían conferir al Presidente facultades extraordinarias, se lograba precisión con sólo "señalar los fines especiales a que se hayan de encaminar las medidas," cuales eran los de "corregir o atenuar la crisis fiscal y económica que empieza a manifestarse en la Nación"; con lo cual no se precisaban las facultades que se otorgaban, ni aun se fijaba la naturaleza de las mismas. Sobre el particular me basta reiterar lo atrás apuntado.

2º Estimar que se llenaba el requisito de que el revestimiento fuese **pro tempore**, con ponerse en la ley que de tales facultades se pueda usar "mientras subsista la calamidad, la necesidad que se pretende satisfacer," olvidando que tánta precisión ha de haber en lo relativo al tiempo del revestimiento como en lo concerniente a la naturaleza de las medidas que se autorizan, y que, aun más, ha de haberla en cuanto a lo último, puesto que en corto tiempo se puede hacer, no habiendo ninguna limitación al respecto, lo que, habiendo alguna, en tiempo indefinido no podría efectuarse.

Que las circunstancias en que se dio la Ley 99 eran excepcionales, no lo niego, como afirmo lo propio con relación a las en que se expidió la Ley 126 de 1914, tan aflictivas como esotras; sólo que por no haber el Congreso en 1914 rehuído responsabilidades ni abdicado su autoridad en el Gobierno, trazó, a diferencia de lo que hizo en 1931, los lineamientos generales a que había de sujetarse el Poder Ejecutivo, como se hizo siempre con anterioridad a la Ley 99.

No sostengo, sin embargo, que todos los decretos dados por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las no precisadas facultades extraordinarias, hayan de ser declarados inexequibles a consecuencia de serlo las Leyes, con apoyo en las cuales fueron dictados: no pocos de ellos, si no todos, han sido ratificados expresa o tácitamente por el Congreso con arreglo a la Constitución, que le atribuye la facultad de legislar; de donde se sigue que, si fueron inconstitucionales originariamente por ese motivo, ya tienen plena validez y deben continuar rigiendo. Lo que no comprendo es cómo la Corte, siendo esto tan claro y teniendo ella tan buena salida para, dejando a salvo los principios constitucionales, mantener vigentes los Decretos, echa por el camino de interpretar el ordinal 10 del artículo 76, en forma tál, que lo tuerce por completo.

Como en 1931 el Congreso abdicó su autoridad al conferir al Gobierno facultades ilimitadas, la Corte hoy abdica sus prerrogativas constitucionales, sentando precedente que no puede producir sino malos resultados.

La Corte, combatiendo el concepto de los demandantes sobre que el Decreto número 92 de 1932, en lo relativo al impuesto de timbre nacional, conculca el artículo 67 del Acto legislativo número 3 de 1910, con arreglo al cual no puede establecerse "contribución que no figure en el Presupuesto," sostiene que el de timbre sí estaba incluído en el Presupuesto al ser dictado el Decreto. En el curso de la discusión afirmé que, sobre la base asentada por la Corte de que el Gobierno se hallaba autorizado para dictarlo, sería preferible al apelar a ese argumento que, con el respeto debido a la Corte, califiqué de muy pobre, exponer razones más de fondo, y propuse la siguiente redacción:

"La acusación carece de asiento, porque con el verbo **establecer**, que emplea el artículo 67 del Acto legislativo número 3 de 1910, no se quiere decir **crear**, sino **cobrar o hacer efectivo**; desde luégo que en el Presupuesto, mera Ley adjetiva, no hace otra cosa que autorizar, durante el período a que se refiere, el cobro de los impuestos creados por ley preexistente. Absurdo sería, con efecto, que en el Presupuesto se incluyesen impuestos que habrían de crearse después; mas si un impuesto **creado** por ley preexistente no se incluye en el Presupuesto de año determinado, ello querrá decir que en ese lapso no se podrá hacer efectivo; y si se pretendiere cobrarlo a alguien, tendrá éste derecho de querellarse ante el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, como lo preceptúa el artículo 89 de la Ley 130 de 1913.

"Ahora bien: lo aquí sentado respecto de las leyes creadoras de impuestos ha de entenderse dicho de los decretos con carácter de ley que los establezcan."

Insisto en que estas razones tienen más fuerza que las manifestadas por la Corte.

Por medio del artículo 1º del citado Decreto número 280 de 1932, el Gobierno dijo crear un impuesto equivalente a la cantidad en que se excediesen de ciertas tasas los intereses provenientes de préstamos efectuados, ora por los bancos, ora por los particulares, y los de las cédulas hipotecarias; y por el artículo 2º del mismo Decreto se dispuso que "cuando el acreedor exija un interés mayor, el monto del impuesto será retenido por el deudor, deduciéndolo del interés." Ahora, pues: los acusadores, bien que no en términos sacramentales, que nuestro sistema legislativo no exige, ni siquiera con la precisión deseable en una demanda, y sin hacer citación expresa sino del artículo 1º del Decreto, en que se dice que se crea el mal llamado impuesto, no del 2º, que es donde está el veneno, acusan esa parte del Decreto por vulnerar, en su concepto, derechos civiles; ellos afirman que eso a que se da el nombre de impuesto, constituye una expoliación que se hace a favor de los deudores y a cargo de los acreedores. Pero la Corte, como si estuviésemos viviendo bajo el primitivo sistema romano de las acciones de la ley, hurta el cuerpo al problema, so capa de no mencionarse en la demanda el artículo 2º por su número.

Observo a esto que sí se mienta en la demanda el artículo 2º, no por su número, sino por lo que dispone, al decirse que el Decreto altera relaciones jurídicas entre partes, puesto que la acusación no se funda en que no se puede establecer un impuesto sobre los intereses que a un acreedor se deben, sino en que se calculan derechos con lo que, no siéndolo, en el Decreto se denomina impuesto. A ello ha debido referirse el fallo, en que ha debido no sentarse la perogrullada de que los intereses se pueden gravar con un impuesto, como expresa el artículo 1º.

Si la Corte no hubiese ocurrido al, por desgracia, frecuente procedimiento de juzgar con fáciles razones adjetivas y con prescindencia de las de fondo, y hubiese interpretado correctamente la demanda, habría llegado

de seguro a la conclusión de que los artículos 1° y 2° del Decreto número 280 de 1932, al autorizar una deducción de los que unos deben a otros, son inconstitucionales, como que violan derechos adquiridos por los acreedores, de cobrar a sus deudores intereses a las tasas debidas, siquiera se denomine la expoliación con el impropio nombre de impuesto; así como no se pinta león en un cuadro, con ponerle el nombre que designa el rey de la selva, si lo pintado es gallo.

De tal manera, la Corte habría llegado a esta conclusión, y seguido la jurisprudencia que sentó ella misma con ocasión de otro desafuero del Congreso, venial, desde luégo comparado con el capital del decreto acusado; jurisprudencia contenida en estas palabras suyas:

"El legislador está en la obligación de ajustar sus actos a la norma constitucional, y de sujetarse en sus definiciones a las reglas de la dialéctica. Por más que defina, como lo hace en el artículo 2° de la Ley 4ª de 1920, que empresa pública de transportes es toda empresa que ejerza el transporte en los ríos navegables de la Nación, no podrían ser tales las empresas que no tienen servicio general y obligatorio, abierto al público, que es lo que constituye la diferencia última que caracteriza una empresa pública de transportes. El expresado artículo 2° de la Ley 4ª citada es, pues, violatorio del artículo 1° del Acto legislativo número 1° de 1918, y de consiguiente debe ser declarado inexequible." **(Gaceta Judicial,** tomo 29, página 127, Acuerdo número 3° de 1922).

Parafraseando lo que en este acertadísimo fallo dijo la Corte, escribiría ella hoy, a entrar en el fondo del asunto, cual debe, lo siguiente:

"Por más que el Gobierno, en uso de facultades extraordinarias, diga, como lo hace en los artículos 1° y 2° del Decreto número 280 de 1932, que es impuesta la deducción que se hace a daño del acreedor y a favor del deudor de una parte de los intereses de la deuda, no podrá admitirse que esto, que constituye una expoliación, venga a ser un impuesto, por cuanto es contrario a la noción de impuesto que el objeto de la contribución haya de no entrar al Tesoro Público y sea para persona determinada."

Y pudiera agregar esto, que es una verdad como un puño:

"Tan no es un impuesto lo que el decreto llama así el acto de expoliación de los acreedores en favor de sus deudores, que las sumas que éstos quedan autorizadas para retener, no se incluyen ni pueden incluirse en el Presupuesto de rentas del Estado."

La decisión de que me aparto rompe el dique mismo que juzgó el constituyente de 1910, bastante fuerte para contener desmanes, como el de que se trata. Ese dique roto, fácil será que por el espacio que deje abierto se arroje impetuoso el alud bolscheviquista que amenaza a nuestra sociedad. Abrogados el artículo 31 de la Constitución y el 5° del Acto legislativo número 3 de 1910, aún más graves actos de despojo podrán llevarse a cabo en lo futuro; pero mientras esos textos existan, y mientras tenga la Corte potestad de poner coto a los desmanes legislativos, en cumplimiento de lo que declara el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, no puede ella, sin renunciar la más preciosa de sus facultades —la que dio a nuestro Estatuto superioridad sobre los de las demás naciones—no puede ella, digo, sacándole el cuerpo al problema, dejar que se realice una manifiesta expoliación.

Declarar inexequibles los artículos 1° y 2° del Decreto número 280, sería poner valla contra posibles atentados legislativos. No haciéndolo la Corte, mañana el legislador podrá disponer que, a títulos de impuestos, los hacendados dejen a los trabajadores de las haciendas las parcelas de ellas que ocupen; los arrendadores de predios urbanos a sus arrendatarios, cuotas de los cánones pactados; los dueños de almacenes a sus empleados, independientemente de sus estipendios, determinadas cuotas de sus capitales, etc.; y, lo que será más monstruoso, a repetirse lo que ha sucedido, podrá decretarse que el Estado, obligado a pagar determinada tasa de interés en sus obligaciones, arrebate a los tenedores de sus papeles, a título de impuesto,, determinado porcientaje de lo que les debe, violando la fe pública en la forma que no pudieron emplear los socialistas franceses ante la firmeza de Poincaré, cuando éste les contestó que la grandeza de Francia reposaba en el Gran Libro de su deuda, que no podía alterarse unilateralmente.

Bogotá, veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

Eduardo Rodríguez Piñeres

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Conjuez Luis Eduardo Gacharná.

Al suscribir la precedente decisión de la Corte, salvo mi voto en lo que concierne a la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 99 de 1931, por considerar que el Congreso de ese año, al revestir de facultades extraordinarias al Presidente de la República, violó la Carta Fundamental.

Se dice, en efecto, en el artículo 76 de la Constitución, que el Congreso puede, por medio de leyes, revestir temporalmente al Presidente de la República de **precisas** facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen, y como el artículo 4° de la Ley 99 de 1931 no precisó las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, su expedición envuelve el ejercicio de una función no conferida por el constituyente al legislador.

No puede sostenerse que al investir al Presidente de la República "de facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país," como lo dice el texto legal a que me refiero, se hayan otorgado realmente precisas facultades extraordinarias, porque tanto en el lenguaje común como en el léxico jurídico, preciso, cuando, como en el caso presente, no equivale a necesario, significa puntual, fijo, exacto, o lo que es lo mismo, preciso es incompatible con dudoso, vago, inexacto. Cuando la ley dice, verbigracia, que los indicios deben ser **precisos**, excluye con este término los indicios dudosos: cuando ordena, por ejemplo, que los Notarios se ciñan **precisamente** en la redacción del instrumento a lo convenido por los interesados, expresa la idea de exactitud entre la redacción y el convenio; cuando la Corte devolvió la acusación, en el primer auto de este mismo proceso, para que se expresaran con precisión los actos acusados, exigía exactitud en la acusación para evitar dudas o incertidumbres al apreciar la acción. Cuando el Congreso concede facultades extraordinarias en términos tan vagos,

por amplios o por impropios, que surja duda sobre si ciertas atribuciones han quedado comprendidas o nó dentro de la autorización, ha conferido facultades dudosas, inciertas y vagas, apartándose así del texto constitucional que le ordena precisar las facultades.

Y que la norma jurídica por la cual la Ley 99 de 1931 confirió facultades al Presidente de la República fue vaga y dudosa, lo demuestra de modo palmar la circunstancia de que el mismo legislador, dudando del alcance de aquel artículo 4º de la Ley 99 de 1931, tuvo necesidad de interpretar dicho texto legal mediante el artículo 3º de la Ley 119 del mismo año, que dice:

"Dentro de las facultades conferidas por el artículo 4º de la Ley 99 del presente año, queda comprendida la de establecer, disminuír, reorganizar o refundir los impuestos que el Gobierno considere indispensables."

Si el propio legislador, que confirió las facultades extraordinarias, dudó e interpretó, no será necesario otra demostración de que las facultades concedidas por el mencionado artículo 4º, lejos de ser puntualizadas, fijas, exactas, y, en general, precisas, fueron vagas, indeterminadas e imprecisas. Todavía: no obstante la interpretación que se ha hecho con autoridad, a que me acabo de referir, es dudoso hasta dónde, virtualmente, hubieran podido ir aquellas facultades, ya que la expresión "medidas financieras y económicas" que empleó la Ley acusada, tiene toda la elasticidad necesaria para cohonestar las más dispares y aberrantes disposiciones.

Pero se ha dicho que el intérprete de la Constitución debe estar atento a las necesidades del pueblo, por ella gobernado, a fin de no convertir en camisa de fuerza una norma que sólo busca la felicidad de los asociados, y tomando asiento en este indiscutible postulado, preconizan, para el caso presente, una interpretación propicia a la constitucionalidad de la investidura de facultades extraordinarias, que permita al Poder Ejecutivo hacer todo lo que sea cómodo en un momento dado.

No discuto si la felicidad del pueblo colombiano exigía olvidar el sentido natural y obvio de los vocablos empleados por el constituyente en el artículo 76, ni me detengo a observar que donde la norma jurídica es clara no hay lugar a interpertar, pero sí anoto lo siguiente:

En los regímenes de Gobiernos anteriores a 1886, se había entronizado en el Parlamento la corruptela de conferir facultades ilímites al Poder Ejecutivo, debilitándose así el mismo Congreso, y robusteciendo la peligrosa autoridad del Jefe del Estado, no obstante el artículo 50 de la Constitución de 1863, que prohibía la delegación de las funciones del Congreso. Se vio, pues, que las necesidades prevalecían sobre la prohibición constitucional, pero se probó también que, roto de facto el dique constitucional, el abuso tomaba proporciones alarmantes.

"Disposición nugatoria y de mera fórmula fué ésta, dice el señor Samper comentando el artículo 50 de la Constitución de Rionegro; pues de 1863 hasta 1884 nó hubo Congreso que no prodigase al Poder Ejecutivo autorizaciones indebidas, que eran verdaderas delegaciones del Poder Constitucional Legislativo.

"En teoría, el Poder Legislativo lo era todo; en la práctica, el Ejecutivo obtenía o hacía cuanto le acomodaba....."

Los constituyentes de 1886, aunque indignados por aquellos abusos, se percataron de la necesidad de facultar al Congreso para delegar sus funciones en ciertos casos, é inspirados en el principio **in medio virtus**, redactaron con esmero el conceptuoso artículo 76 de la Constitución.

De modo que los que, á fuer de evolucionistas o innovadores, estiran el vocablo "preciso" para que en él quepa hasta lo impreciso, retroceden sesenta años en la vida pública del país para revivir sistemas que fueron ya pesados y hallados faltos, burlando así un propósito deliberado del constituyente.

De que deduzco también que no es exacto el concepto de la Corte sobre que en nuestro derecho no se encuentran antecedentes que contribuyan a fijar el alcance del ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución. Sí los hay, y tan claros, que sólo por un olvido de la historia y por no acatar el sentido natural y obvio de un canon constitucional, ha logrado escapar a la censura de la Corte, por inexequible, el artículo 4º de la Ley 99 de 1931.

Si, como dice un notable publicista, "la ponderación de los poderes públicos es tan necesaria como la existencia de estos mismos poderes, y todo lo que tienda a confundirlos o a dar a uno solo fuerza excesiva y preponderancia sobre los demás, es germen de abusos y de impunidad, y prepara sangrientas revoluciones o reacciones, cuando no evoluciones vergonzosas" al declarar inexequible aquel texto legal, no sólo habría cumplido la Corte con la guarda de la Constitución, sino que habría dado una lección de legítimo republicanismo a los legisladores de 1931, y habría vuelto por los ya desmedrados fueros del Parlamento.

Luis Eduardo Gacharná

Bogotá, veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Los doctores Pedro M. Carreño y Eduardo Rodríguez Piñeres piden se declaren inexequibles, como violatorios de los derechos adquiridos que ampara el artículo 31 de la Constitución, el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932 y el 4º del Decreto 1471 del mismo año, refrendado por los Ministros de Industrias y Obras Públicas, en cuanto tales textos se refieran, dicen los demandantes, a empleados y obreros de empresas ferroviarias particulares que prestaron sus servicios durante el tiempo anterior al de la vigencia de la citada Ley 1ª, y a quienes por razón de tales servicios se les concede el derecho a pensiones vitalicias pagaderas por las empresas a que sirvieron.

Requerido el señor Procurador para dar su concepto, se pronunció por la inexequibilidad demandada, por estimar que las disposiciones que se acusan quebrantan derechos adquiridos de las empresas ferroviarias particulares.

Los textos impugnados son del siguiente tenor:

Ley 1ª de 1932:

"Artículo 1º Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años, que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro, una pensión mensual vitalicia de jubilación, según la escala siguiente:

"Los que ganen $ 30 o menos, recibirán el sueldo íntegro.

"Los que ganen más de $ 30, recibirán $ 30, más $ 0-75 por cada peso más de sueldo, hasta $ 50.

"Los que ganen más de $ 50, recibirán $ 45, más $ 0-50 por cada peso más de sueldo, hasta $ 80.

"Los que ganen más de $ 80, recibirán $ 60, más $ 0-25 por cada peso más de sueldo, hasta $ 240.

"Los que ganen más de $ 240, recibirán $ 100, que es el máximo de las pensiones que obliga esta Ley.

"Las disposiciones de este artículo se hacen extensivas a los empleados y obreros de las condiciones antedichas que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de la presente Ley."

Decreto número 1471 de 1932 (septiembre 8), por el cual se reglamenta la Ley 1ª de 1932, sobre jubilación de empleados y obreros ferroviarios.

"Artículo 4º Los empleados y obreros tendrán derecho de que el tiempo de servicio prestado con anterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1932, se acumule al tiempo que sirvan durante tal vigencia. Pero los empleados y obreros de empresas ferroviarias de propiedad de los Departamentos, de los Municipios y de los particulares, que se hayan retirado del servicio o que hayan sido suspendidos con anterioridad a la vigencia de la mencionada Ley, no tendrán derecho a la pensión aun cuando hubieren cumplido veinte años de servicio y tengan la edad requerida. Los empleados y obreros de las empresas ferroviarias de la Nación solamente carecerán del derecho a la pensión, si su retiro o su despido se hubiere efectuado con anterioridad al día 16 de julio de 1931."

Quéjanse los demandantes de que el artículo primeramente transcrito, o sea el de la Ley 1ª de 1932, en cuanto se refiere a servicios prestados con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, lesiona derechos adquiridos de las empresas particulares de transportes, por cuanto la remuneración correspondiente a esos servicios quedó regulada por los contratos celebrados conforme a la legislación entonces vigente, entre los empleados u obreros y las empresas, las cuales al pactar tales estipendios tuvieron en cuenta los cálculos de sus respectivos negocios y sobre dichos cálculos liquidaron y repartieron las utilidades obtenidas en los años o semestres correspondientes; por lo cual, agregan, al establecer la ley la obligación para las empresas, de reconocer y pagar pensiones por razón de tales servicios, se afecta una situación jurídica creada y amparada por la legislación anterior.

Los términos precisos empleados por los demandantes son los siguientes:

"En lo que atañe a los empleados u obreros de empresas oficiales, los textos preinsertos son inobjetables: el Estado puede disponer de los dineros que le pertenezcan por medio de actos como estos y otros semejantes.

"No pasa lo mismo con las empresas particulares que antes de la vigencia de la Ley 1ª de 1932 tuvieron a su servicio a empleados y obreros a quienes pagaron sus sueldos y salarios conforme a contratos celebrados bajo el imperio de las leyes vigentes en ese tiempo. Esas empresas se obligaron a pagar sus servicios teniendo en cuenta los cálculos de sus respectivos negocios y sobre la base de tales cálculos liquidaron y repartieron las utilidades obtenidas en los años o semestres correspondientes, y así como ellas no tenían el derecho a exigir de sus empleados u obreros servicios a que sus contratos no les obligaban, así tampoco, tales obreros o empleados pueden nunca exigir una remuneración mayor a la pactada.

"Al venir hoy la Ley 1ª de 1932 a dar a estos últimos el derecho a una pensión vitalicia de jubilación, se desentona una situación jurídica creada y amparada por la legislación anterior, y se viola el principio consagrado por el artículo 31 de la Constitución, conforme al cual los derechos adquiridos bajo el amparo de una ley no pueden ser desconocidos o vulnerados por una posterior.

"Muy bien puede el legislador decretar que desde la vigencia de una ley que expida, las empresas ferroviarias particulares queden obligadas al pago de las pensiones vitalicias de jubilación que se señalen, porque con ello no se vulnera derecho alguno adquirido y porque tales empresas, sabedoras de antemano de la ley, que ha de considerarse incorporada en los contratos celebrados durante su vigencia, tienen base para poder pactar con sus empleados y obreros sueldos y salarios que se compadezcan con la nueva situación legal.

"Acaso pudiera decirse que del texto mismo del artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, no se deduzca que la intención del legislador fue extender sus efectos, a cargo de las empresas ferroviarias y a favor de los empleados y obreros de éstas, a un tiempo anterior a su vigencia. En caso de que así lo interprete el alto cuerpo a que nos dirigimos, queda siempre de por medio la disposición del artículo 4º del Decreto 1471, que habla de que 'los empleados y obreros tendrán derecho a que **el tiempo del servicio prestado con anterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1932,** se acumule al tiempo que sirvan durante tal vigencia,' disposición que, si constitucional respecto de las empresas oficiales, no lo es en lo atañadero a las particulares."

Se hace necesario, según lo anterior, fijar el sentido que deba dársele a la inflexión verbal "haya servido" en la parte de la disposición transcrita que dice: "Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años, que haya servido por espacio de veinte años...."

Dicha inflexión verbal puede expresar, como lo anota el señor Procurador, bien el pasado compuesto de subjuntivo, bien el antefuturo de este mismo modo. Esto es, puede significar que los veinte años de servicio hayan transcurrido con anterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1932, o que deban principiar a correr desde tal vigencia.

Los términos en que está redactado el inciso final de la disposición que se estudia arrojan mucha luz acerca de la forma en que deba interpretarse la prenotada expresión. Dice así el inciso:

"Las disposiciones de este artículo se hacen extensivas a los empleados y obreros de las condiciones antedichas que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de la presente Ley."

Establece este aparte una excepción a favor de los empleados y obreros de las empresas ferroviarias nacionales que se hubieren retirado durante el año anterior a la vigencia de la ley. De consiguiente, los empleados nacionales que no se encuentren en tales condiciones, quedan en el mismo pie que los empleados y obreros particulares. Ahora, como sería absurdo suponer que los empleados nacionales retirados durante el año anterior a la vigencia de la Ley, disfruten de pensión y no los que se hayan retirado durante dicha vigencia, o sea desde el día siguiente al en que entró a regir la Ley, es preciso admitir que los veinte años de servicios requeridos para el goce de la pensión pueden haber transcurrido en parte con anterioridad a la expedición de dicha Ley.

Según esto, la recta inteligencia de la Ley que se analiza implica que el tiempo de trabajo anterior a su vigencia debe tomarse en cuenta para determinar si un empleado u obrero ferroviario tiene o nó derecho a la pensión, y en igual sentido debe interpretarse el Decreto 1471 de 1932, por cuanto éste no hizo otra cosa que desarrollar el principio de la Ley y por cuanto el artículo 4º de dicho Decreto declara acumulables para los efectos de la pensión los servicios prestados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1932.

Sentado este punto preliminar, ¿podrá decirse, como lo afirman los demandantes, que tanto la Ley como el Decreto mencionados, en cuanto digan relación a empresas ferroviarias particulares, violan derechos adquiridos de éstas, en razón de que la remuneración de los servicios anteriores a la vigencia de la ley quedó regulada por los contratos que conforme a la legislación entonces vigente celebraron los empleados u obreros y las empresas, no siendo posible exigirles a estas últimas mayores erogaciones por razón de tales servicios?

Para absolver esta pregunta es menester examinar previamente si las pensiones de que se trata constituyen en realidad un aumento a los sueldos y salarios devengados y pagados con anterioridad a la vigencia de la Ley, o si es otro el concepto en que aquéllas deben tomarse. Sueldo no es otra cosa que el estipendio que se paga a un empleado por su trabajo o servicio. Ese estipendio recibe el nombre especial de salario cuando se trata de obreros, domésticos, o de empleados de inferior categoría. Tanto el sueldo como el salario constituyen el precio del arrendamiento de servicios pactado entre el patrón y el empleado u obrero.

Las pensiones no tienen el carácter de sueldos ni de salarios, pues al paso que los dos últimos miran al interés privado, las pensiones son instituciones establecidas por motivos de interés general, que hacen parte de lo que se conoce con el nombre de "previsión social" y que tienen por finalidad atender a la subsistencia de aquellas personas que por razón de su edad y estado de pobreza no pueden subvenir a sus más apremiantes necesidades, después de haber consumido sus energías y su edad útil en servicio de una empresa o entidad. La sociedad está interesada en que dichas personas no carezcan de lo necesario para su sostenimiento, y por este motivo procura que disfruten de una asignación que las coloque en circunstancias de no perecer de inanición.

No pudiendo, pues, por ningún concepto, reputarse las pensiones como un aumento de los sueldos o salarios devengados por los favorecidos con ellas, mal puede estimarse que con el establecimiento de dichas pensiones se vulneran los derechos adquiridos por las empresas ferroviarias en razón de los contratos celebrados por éstas con anterioridad a la vigencia de la ley con los empleados u obreros, sobre fijación de los sueldos o salarios devengables por los últimos. El verdadero concepto de las pensiones de que se trata es el de un gravamen establecido, por motivos de interés social, a cargo de las mencionadas empresas y a favor de los empleados u obreros que reúnan las condiciones señaladas en la ley. Consideradas así las cosas, ninguna oposición media entre los contratos de que se ha hecho mención y las pensiones, y por lo mismo, es insostenible que con el establecimiento de las últimas se desconozcan los derechos emanados de aquellas convenciones, siendo de advertir que este desconocimiento constituye el único concepto en que han sido acusadas las disposiciones que se han venido analizando.

No estando, según lo dicho, demostrado el cargo que se aduce contra el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, y el artículo 4º del Decreto 1471 del mismo año, la Corte Suprema, obrando en Sala Plena, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no son inexequibles las referidas disposiciones, en el concepto en que han sido acusadas.

Pásese copia de este fallo a los señores Ministros de Gobierno, de Industrias y de Obras Públicas.

Notifíquese, cópiese e insértese en el órgano de la Corte. Archívese en seguida el expediente.

PARMENIO CARDENAS—**Francisco Tafur A.—José Miguel Arango—Enrique A. Becerra—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Luis F. Rosales—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, noviembre trece de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

El doctor Carlos H. Pareja, vecino de esta ciudad, ejercita la acción pública consagrada en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, con el fin de que se declaren inexequibles el artículo 2º, el 6º, en los apartes **c)** y **d)**, y el 13, aparte **d)**, del Decreto ejecutivo número 945 de 29 de mayo de 1931 "sobre impuesto de canalización"; los artículos 2º y 16 del Decreto 1031 de 15 de junio de 1931, por el cual se adiciona y modifica el 945 antes mencionado; y el artículo único del Decreto 1116 de 30 de junio de 1931, "por el cual se aplaza la vigencia de algunas disposiciones (impuesto de canalización)." Todos estos Decretos son originarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El fundamento de la demanda es el de que a virtud de las disposiciones acusadas "se ha cobrado en la República, desde el día 15 de julio de 1931, el impuesto indirecto aumentado que se llamó antiguamente fluvial y hoy de canalización, sin esperar que transcurrieran seis (6) meses desde su establecimiento, como lo ordena expresamente el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, que es la disposición constitucional que hace inexequibles aquellas disposiciones, por estar ellas en contradicción con ésta."

A la demanda se acompañaron, debidamente autenticados, los números 21704, 21718 y 21728 del **Diario Oficial** en que corren publicados los decretos que son objeto de la acusación.

El señor Procurador se abstuvo de emitir concepto de fondo acerca de la demanda por estimar que los puntos que son materia de la acusación fueron ya decididos por la Corte en sentencia de fecha diez de marzo del año en curso, a virtud de demanda intentada por el mismo doctor Pareja, y que hay, en consecuencia, cosa juzgada que inhibe a la Corte para proferir un nuevo fallo sobre aquellos puntos.

Para resolver lo que sea del caso, la Corte asienta estas consideraciones:

En libelo de fecha veintiuno de enero de mil novecientos treinta y dos, el mismo doctor Carlos H. Pareja, apoyándose en la disposición constitucional que hoy invoca como fundamento de su demanda, o sea en el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, pidió se declararan inexequibles las mismas disposiciones que hoy acusa, en términos que la parte petitoria de la nueva demanda es una copia textual de la anterior, y así lo reconoce el mismo demandante en el siguiente paso de su demanda:

"Debo advertíros que el 21 de enero de 1932 presenté otra demanda idéntica a la presente, con igual petición, la cual fue negativamente fallada por vosotros el 10 de marzo de 1933."

La parte resolutiva de la sentencia a que se acaba de aludir es del siguiente tenor:

"Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, reunida en pleno, de acuerdo con las conclusiones 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 son inexequibles, como contrarias a la Constitución, las disposiciones de los artículos 2º, 6º (apartes **c)** y **d)**, y 13 (aparte **d)**, del Decreto ejecutivo número 945 de 1931 (mayo 29), 'sobre impuesto de canalización'; 2 y 16 del Decreto número 1031 (junio 15), 'por el cual se adiciona y modifica el número 945, de 29 de mayo del año en curso (1931), sobre impuesto de canalización,' y artículo único del Decreto número 1116 de 1931 (junio 30), 'por el cual se aplaza la vigencia de algunas disposiciones' (impuesto de canalización)."

Pone en evidencia la relación precedente que la demanda que actualmente ocupa la atención de la Corte fue ya fallada por ésta en la sentencia cuya parte dispositiva se deja transcrita, punto sobre el cual, según se ha visto, se halla en un todo acorde el demandante, quien para explicar su nueva demanda agrega que no encontrando en armonía con su criterio el fallo que ya conoce, se propone obtener uno nuevo en que se subsanen los errores de que en su concepto adolece aquél.

Mas no le es dado a la Corte satisfacer los deseos del demandante, comoquiera que los términos en que le ha sido conferida la función de guardián de la Constitución por el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, expresan claramente que los fallos que en ejercicio de aquella función dicte la Corte, tienen el carácter de definitivos, y en tal virtud se hallan revestidos de los atributos a que a esta clase de fallos otorga la ley procesal, entre los cuales se cuenta el de no poder ser reformados ni revocados por el Tribunal que los ha proferido, así como el de hacer tránsito a cosa juzgada, y el de la consiguiente nulidad de toda sentencia posterior que les sea contraria (artículos 473, 474, 476 y 482 del Código Judicial). No otro alcance puede dársele a la expresión "decidir definitivamente," empleada en el texto constitucional antes citado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, acorde con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara improcedente la demanda del doctor Carlos H. Pareja, de que aquí se trata, por haber sido fallada ya la misma cuestión por la Corte, en sentencia firme.

Pásese copia al señor Ministro de Gobierno.

Notifíquese, cópiese, insértese en el órgano de la Corte y archívese el expediente.

PARMENIO CARDENAS—Francisco Tafur A.—Enrique A. Becerra—José Miguel Arango—Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Carlos Arturo Díaz — Juan C. Trujillo Arroyo. Augusto N. Samper, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

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

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El doctor Eustasio de Mendoza, en nombre del Departamento de Antioquia, con el carácter de apoderado, en libelo de fecha once de abril de mil novecientos veintiocho, dirigido a los señores Magistrados de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, pidió que en sentencia definitiva y previos los trámites del juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que el señor Ricardo Botero S. debe al Departamento de Antioquia, y se condene a pagarle al mismo, la cantidad de cuarenta y nueve mil seiscientos veintisiete pesos y catorce centavos ($ 49,627-14) en oro, que dejó de pagar en los diez y ocho meses comprendidos entre el primero de enero de mil novecientos ocho (1908) y el treinta de junio, inclusive, de mil novecientos nueve (1909), en los cánones de arrendamiento de la renta de licores de la Provincia de Fredonia, del Departamento de Antioquia, que tomó a su cargo, de conformidad con las estipulaciones que se hicieron constar en la escritura otorgada en Medellín el día tres de noviembre de mil novecientos siete (1907), ante el Notario segundo de aquel Circuito, bajo el número mil noventa y siete (1097); los intereses correspondientes a las sumas dejadas de pagar en cada mensualidad, desde que incurrió en la mora hasta el día en que real y efectivamente haga el pago, a la rata del dos por ciento (2 por 100) mensual fijada en dicho contrato y en el Decreto trescientos treinta y nueve de cuatro de abril de mil novecientos cinco (1905); y las costas del juicio.

"Segunda. Que el convenio proyectado por el señor Ricardo Botero S. y otros rematadores, con el señor Emiliano Isaza, conocido con el nombre de "contrato Isaza," suscrito en esta ciudad de Bogotá el veintiséis de diciembre de mil novecientos siete, y al cual se refiere

la escritura pública número ochenta y dos de veintidós de enero de mil novecientos ocho, pasada ante el Notario segundo del Circuito de Medellín, no hizo cesar los efectos legales de las obligaciones contraídas por el señor Botero S. mediante la escritura mil noventa y siete, arriba citada, en lo referente a los diez y ocho meses corridos del primero de enero de mil novecientos ocho al treinta de junio de mil novecientos nueve."

Como fundamentos de hecho de sus peticiones, el actor presentó los siguientes, que luégo reprodujo para hacer estribar también en ellos la causa, razón o derecho de su demanda. Dicen:

"1º El Decreto legislativo número 41 de 1905, estableció como renta nacional la de licores, consistente en el monopolio de la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes.

"2º El Gobierno Nacional quedó facultado, por el artículo 20 del expresado Decreto, para manejar, o por administración o por arrendamiento hecho en licitación pública, las rentas a que se refiere ese Decreto observándose los reglamentos que se dictaran sobre la materia.

"3º El Gobierno Nacional dictó al efecto el Decreto número 339 de 4 de abril de 1905, que fijó el procedimiento para arrendar la renta de licores, creada por el Decreto legislativo ya citado.

"4º La Ley 15 del mismo año de 1905 ratificó, con carácter de ley permanente de la República, el Decreto legislativo número 41, mencionado en el número 1º

"5º De acuerdo con esas disposiciones, el Gobierno Nacional, obrando en unión del Banco Central, ordenó que en el mes de octubre de 1907, se sacara a licitación el arrendamiento de la renta de licores del Departamento de Antioquia, para el cuatrienio comprendido entre el 1º de enero de 1908 y el 31 de diciembre de 1911, remate que había de verificarse ante la Gobernación del nombrado Departamento, por una Junta de remates.

"6º El día tres (3) de octubre de mil novecientos siete (1907) la Junta de Remates adjudicó al señor Justo Pastor Restrepo la renta de licores de las Provincias de Fredonia y Suroeste.

"7º El precio en que fue adjudicada la renta de licores de la Provincia de Fredonia, fue la suma de siete mil quinientos pesos ($ 7,500) oro mensuales.

"8º Antes de asegurar ese remate, el señor Justo Pastor Restrepo elevó un memorial a la Junta de Remates pidiéndole una rebaja del precio del arrendamiento ajustado en la licitación, petición que la Junta resolvió negativamente en los siguientes términos:

'La Junta de Remates del Departamento de Antioquia, visto el memorial presentado por los rematadores de la renta de licores de las Provincias de Fredonia y Suroeste, y considerando:

'1º Que las facultades de la Junta están claramente definidas en el Decreto legislativo número 339 de 1905, que hoy es ley de la República, y que en él no hay autorización alguna que la autorice para aceptar lo propuesto por los peticionarios;

'2º Que el mismo Gobierno Nacional ha declarado que, conforme al Decreto citado, no puede él modificar las condiciones de los remates verificados de acuerdo con dicho Decreto y los que lo adicionan y reforman;

'3º Que las rebajas o modificaciones solicitadas en el memorial de que se trata, sólo pueden ser hechas por el Poder Legislativo, único que tiene facultades para resolver asuntos que entrañan la derogación de una ley o la expedición de otra;

'4º Que la Junta reconoce la buena fe de los peticionarios, y, por consiguiente, está dispuesta a facilitarles los medios de cumplir sus compromisos en cuanto pueda hacerlo, sin extralimitar sus facultades;

'Resuelve:

'1º La Junta, muy a su pesar, se ve en la necesidad de negar la solicitud hecha por los señores rematadores de las Provincias de Fredonia y Suroeste;

'2º La Junta, haciendo uso de sus facultades extraordinarias de que está investida, permitirá a los rematadores la división de las respectivas Provincias en Distritos o grupos de Municipios, para cada uno de los cuales se hará un aseguro parcial a satisfacción de la Junta;

"3º La Junta de Remates del Departamento solicitará de la Junta Directiva del Banco Central, que extienda a los rematadores de las Provincias de Fredonia y Suroeste, la gracia de asegurar sus compromisos con hipotecas o con fianzas personales suficientes, concedida recientemente a los rematadores de otras Provincias de este Departamento. Consúltese esta Resolución por telégrafo con la Junta Directiva del Banco Central. La Resolución anterior fue aprobada por unanimidad, y no habiendo otra cosa que tratar, se levantó la sesión.

"(Firmados), **Dionisio Arango—Jesús M. Arango R.**, Secretario.' (Acta del 14 de octubre).

"9º El señor Justo Pastor Restrepo cedió la renta de la Provincia de Fredonia al señor Ricardo Botero S., cesión que aprobó la Junta de Remates en la sesión del 22 de octubre de 1907.

"10. A pesar de las negativas terminantes de la Junta de Remates a la pretensión de que se rebajara el canon de arrendamiento, por no estar ello en sus funciones, dirigieron los rematadores nuevo memorial, fechado el 25 de octubre citado, el cual fue resuelto en la sesión de la Junta del día 28, así:

'Dígase al señor Ricardo Botero S., Hijos de Félix A. Correa & Cª, y demás peticionarios, que la Junta de Remates carece de la facultad legal para acceder a lo solicitado y considera, como lo dijo en el acta de 14 de los corrientes, que ni ella ni el Gobierno pueden rebajar el valor de los remates hechos, según el Decreto número 339 de 1905 y lo manifestado en varios telegramas por el Excelentísimo Presidente de la República.'

"11. Ya a sabiendas de que no podía rebajarse el precio del arrendamiento de la renta de la Provincia de Fredonia, ajustado en la licitación pública, el señor Ricardo Botero S. aseguró el remate de dicha Provincia y al efecto otorgó la escritura pública número 1097, pasada ante el Notario segundo del Circuito de Medellín, obligándose para con la Nación a pagar como precio del arrendamiento de dicha Provincia la cantidad de siete mil quinientos pesos ($ 7,500) en oro cada mensualidad, durante el cuatrienio que empezó el 1º de enero de 1908 y terminó el 31 de diciembre de 1911, y a pagar en caso de demora en el pago de los cánones, el interés del dos por ciento (2 por 100) mensual.

"Acompaño copia auténtica de la escritura número 1097, ya nombrada.

"12. El señor Ricardo Botero S. recibió la Renta de Fredonia, que tomó en arrendamiento, y la estuvo explotando durante los cuatro años convenidos.

"13. Mientras fue nacional, la renta de licores la administraba, por cuenta del Gobierno, el Banco Central bajo la inmediata dirección del Ministerio de Hacienda; de suerte que tanto el Ministro como la Junta Directiva del mencionado Banco, tenían que intervenir en lo que con ella se relacionaba.

"14. La intervención del Gobernador del Departamento de Antioquia en la renta de licores, en el tiempo anterior al 1º de julio de 1909, estaba limitada por el Decreto 339 de 1905, al ejercicio de las funciones que allí se le señalaron a los Gobernadores en relación con los remates que se verificaron fuera de la capital de la República, a saber: presidir los remates que se hicieran en el Departamento como miembro de la Junta de Remates, en calidad de Presidente de ésta, aceptar las escrituras que otorgaran los rematadores a favor de la Nación y remitirlas al Ministerio de Hacienda; y como Presidente de la Junta, una vez hecha la adjudicación definitiva en remate, someterla a la aprobación del Ministerio de Hacienda y de la Junta Directiva del Banco Central.

"15. El llamado 'Contrato Isaza,' consignado en el documento privado que se otorgó en Bogotá con fecha veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos siete (1907), suscrito por algunos rematadores y por el señor Emiliano Isaza, titulándose éste mandatario del Departamento de Antioquia—entidad enteramente extraña al negocio,—contrato incorporado luégo, en cuanto hacía referencia a la Provincia de Fredonia, en la escritura pública número 82, pasada ante el Notario segundo de Medellín el 22 de enero de 1908, no fue aprobado por el Ministerio de Hacienda, ni por el Gerente de las Rentas Reorganizadas, ni por la Junta Directiva del Banco Central, a pesar de estar prevista esta aprobación en el contrato proyectado y ser de rigor.

"16. El señor Ricardo Botero S. no pagó completos los cánones de arrendamiento ajustados en la licitación pública y en la escritura número 1097, de 3 de noviembre de 1907, otorgada ante el Notario segundo del Circuito de Medellín; sino que dejó de pagar dos mil novecientos diez pesos con seis centavos ($ 2,910-16) en cada una de las doce mensualidades del año de 1908; dos mil cuatrocientos cincuenta y un pesos y siete centavos ($ 2,451-07), en cada una de las seis mensualidades del 1º de enero al 30 de junio de 1909; y los intereses correspondientes a las sumas demoradas en cada mensualidad, a la rata del dos por ciento (2 por 100) mensual.

"17. El 30 de junio de 1909 estaba debiendo el señor Ricardo Botero S. a la Nación por causa del contrato que reza la escritura número 1097, de 3 de noviembre de 1907, cuarenta y nueve mil seiscientos veintisiete pesos catorce centavos ($ 49,627-14) en oro, más los intereses correspondientes a las sumas demoradas en cada mensualidad, a la rata estipulada del dos por ciento (2 por 100) mensual.

"18. Por el artículo 6º de la Ley VIII de 1909 (7 de abril), de la Asamblea Nacional, los Departamentos quedaron subrogados a la Nación en todos los derechos y obligaciones provenientes de los contratos de arrendamiento que estaban vigentes en relación con la renta de licores, desde el 1º de julio de 1909, fecha en que entró a regir esta Ley.

"19. Por virtud de esa subrogación, el Departamento de Antioquia se hizo dueño de los derechos contra el señor Ricardo Botero S., provenientes del contrato varias veces mencionado, que estaba vigente y debía terminarse el 31 de diciembre de 1911.

"20. El señor Botero S. no ha pagado en ningún tiempo las cantidades a que hacen referencia los numerales 16 y 17 de esta relación."

Y concluyó así:

"La Ley VIII de 1909, de la Asamblea Nacional, que entró en vigencia el primero de julio de mil novecientos nueve, cedió a los Departamentos la renta de licores y subrogó a la Nación en todos los derechos y obligaciones provenientes de los contratos que estuvieran vigentes a la fecha expresada. Uno de ellos fue el celebrado por la Nación con don Ricardo Botero S. en la escritura mil noventa y siete (1097) de tres de noviembre de mil novecientos siete. Esto hace que en el presente juicio hayan de deslindarse dos épocas, a saber: la primera, comprendida entre el primero de enero de mil novecientos ocho y el treinta de junio de mil novecientos nueve, en que la Nación era dueña de la renta y en que se causó la deuda que se cobra en este juicio; y la segunda, comprendida entre el primero de julio de mil novecientos nueve y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos once, en que el Departamento de Antioquia entró a ser dueño de la renta y de la aludida deuda.

"En este juicio se trata de la deuda que dejó de pagar el señor Botero S. en los diez y ocho meses que comprende la primera época; y la cobra el Departamento de Antioquia porque la dicha deuda le fue cedida en virtud del artículo 6º de la Ley VIII de 1909.

"Y se trata, además, de la ineficacia del proyectado 'contrato Isaza' para modificar las estipulaciones de la escritura número mil noventa y siete (1097) de la misma época.

"En derecho esta demanda tiene por fundamento las siguientes disposiciones legales: la Ley 15 de 1905, que dio carácter de ley permanente al Decreto legislativo número 41 del mismo año, reglamentado por el 339 de 4 de abril, que fijó el procedimiento para arrendar la renta de licores creada por aquél. La Ley VIII de 7 de abril de 1909, de la Asamblea Nacional, por virtud de la cual los Departamentos quedaron subrogados a la Nación en todos los derechos y obligaciones provenientes de los contratos que estaban vigentes en relación con dicha renta, cuando la expresada Ley entró a regir; los Títulos I, II, IV, XII, XIII, XXI y XXVI del Libro cuarto del Código Civil; los artículos 1º, 2º, 3º y 6º de éste; el artículo 8º de la Ley 68 de 1870; los artículos 76, numeral 14; y 120, numeral 16, de la Constitución Nacional."

Admitida la demanda, el señor Botero S., en escrito de fecha cuatro de agosto de 1928, la contestó aceptando como ciertos los hechos 1º, 2º, 3º 4º, 5º 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14 y 18; declaró no constarle el hecho 15 y negó rotundamente, explicándolos, los hechos 16, 17 y 20; acerca del hecho 19, dijo:

"Por virtud de esa subrogación el Departamento de Antioquia no se hizo dueño sino de los derechos que realmente le correspondieran, habida consideración al 'contrato Isaza' y al de transacción de la escritura número ochocientos sesenta y tres de veintisiete de julio de mil novecientos once, de la Notaría segunda del Circuito de Medellín."

Negó también el derecho que se invoca y declaró que las disposiciones legales que se citan no vienen al caso en esta controversia, y concluyó proponiendo las excepciones de pago efectivo, transacción, petición de modo indebido, novación del contrato que consta en la escritura 1097, todo hecho en virtud del cual la ley desconoce la obligación o la declara extinguida si alguna vez existió, como principales, y subsidiariamente la de prescripción, excepciones éstas que extensamente comentó.

Abierto a pruebas el negocio y recibidas las que ambas partes solicitaron; corrido traslado y allegados los alegatos, previa la respectiva citación para sentencia, como la Sala observara la existencia de la causal de nulidad consistente en la ilegitimidad de personería de parte del apoderado, en auto de fecha veintidós de septiembre de mil novecientos treinta, dispuso poner en conocimiento de las partes tal causa de nulidad, y ante la insistencia de dicho apoderado, en proveído de fecha veintinueve de mayo del año siguiente, la Corte sostuvo su anterior decisión, lo que dio por resultado la ratificación de la parte mal representada, de todo lo actuado en el juicio.

Se procede hoy a resolver el fondo mismo de la cuestión, y para ello se tienen en cuenta estas consideraciones:

Primera. Según los términos de la demanda, la cantidad que se cobra procede de la diferencia entre el canon de arrendamiento estipulado en la escritura número mil noventa y siete, y lo que efectivamente pagó el demandado, fundado en el "contrato Isaza," en los meses comprendidos entre el primero de enero de 1908 y el treinta de junio de 1909; diferencia que resulta de la diversidad de criterios con que se estiman los efectos jurídicos de dicho "contrato Isaza," pues si, según lo cree el actor, tal contrato es ineficaz para modificar las estipulaciones del contrato primitivo que consta en la escritura número 1097, el demandado señor Botero S. debe íntegramente lo allí estipulado; y si, como lo cree el demandado, tal contrato es válido y alcanza a modificar al primitivo, la deuda que se cobra no existe.

Segunda. Considera el actor que el llamado "contrato Isaza" es ineficaz, porque según los términos del mismo, era necesaria, para su validez, la aprobación del Ministro de Hacienda, del Gerente de las Rentas Reorganizadas y de la Junta Directiva del Banco Central, y que como esta aprobación no aparece demostrada, quedan en todo su valor y eficacia las estipulaciones del contrato primitivo, y debe el demandado los cánones que allí se fijaron, sin que puedan favorecerlo las rebajas que el "contrato Isaza" pretendió realizar.

A este propósito debe observarse que el "contrato Isaza" aparece inserto en la escritura número ochenta y dos, otorgada en Medellín el veintidós de enero de mil novecientos ocho, ante el Notario segundo del Circuito, y en la cual consta que "comparecieron los señores doctor Dionisio Arango, Gobernador del Departamento de Antioquia, en representación de la entidad y del Gobierno Nacional; Ramón A. Restrepo, Administrador de las Rentas Reorganizadas, y Ricardo Botero S., en representación de sus propios derechos, todos mayores de edad y vecinos de este Distrito, a quienes conozco personalmente, y dijeron:

"Primero. Que por escritura pública número mil noventa y siete (1097), de fecha tres de noviembre próximo pasado, otorgada ante mí, aseguró el último, o sea el nombrado Ricardo Botero S., la renta de licores de la Provincia de Fredonia, para el cuatrienio que principió el primero de los corrientes, obligándose a pagar mensualmente la suma de siete mil quinientos pesos oro.

"Segundo Que ese contrato fue modificado por un convenio celebrado en Bogotá, el cual aprueban, y que está concebido así:

'Para no sentar el precedente desorganizador de hacer cesiones gratuitas en los remates de las rentas públicas, y por estar resuelto el Gobierno a cambiar el sistema actual por el de administración oficial de ellas, ha hecho con los rematadores de las rentas de licores nacionales en el Departamento de Antioquia este convenio de concesiones mutuas, que lo ponen en aptitud de asumir él la administración de las rentas y conocer su valor exacto. En tal virtud, Emiliano Isaza, apoderado especial del Departamento de Antioquia, por una parte, y por la otra, ... Ricardo Botero S., como rematador de la Provincia de Fredonia; ..... han celebrado el siguiente convenio:

'1° El Gobierno de Antioquia fiscalizará la administración de la renta de licores, para saber la utilidad que le corresponda, según se dirá luégo, y para poder administrarla por su cuenta cuando la reciba, lo cual se considera como de grande importancia para los intereses fiscales.

'2° En cambio de esta concesión que hacen los rematadores, se fijan las siguientes sumas y porcentajes de utilidades que deben pagar aquéllos al Fisco:

'a) El primer año pagarán los rematadores mensualmente la suma de cuarenta y tres mil cuarenta y seis pesos diez y seis centavos ($ 43,046-16) oro, que es el actual producto de las rentas, según los certificados dados por el Agente Oficial, previo examen de los libros de cuentas de las Provincias..... de Fredonia, y un cálculo aproximado de los de Sopetrán, Oriente y Urabá, basado en el aforo oficial, y darán al Fisco el cincuenta por ciento de las utilidades líquidas que obtengan, debiendo ser fiscalizadas las operaciones de administración por un representante del Gobierno.

'b) El segundo año pagarán mensualmente cuarenta y tres mil cuarenta y seis pesos diez y seis centavos ($ 43,046-16) oro, más el diez por ciento de recargo, o sea un total de cuarenta y siete mil trescientos cincuenta pesos setenta y cuatro centavos ($ 47,350-74), más el cuarenta por ciento de las utilidades.

'c) El tercer año pagarán mensualmente los cuarenta y tres mil cuarenta y seis pesos diez y seis centavos ($ 43,046-16) oro, más el veinte por ciento de recargo, o sea un total de cincuenta y un mil seiscientos cincuenta y cinco pesos treinta y dos centavos ($ 51,655-32), más el treinta por ciento de las utilidades.

'd) El cuarto año pagarán mensualmente los cuarenta y tres mil cuarenta y seis pesos y diez y seis centavos ($ 43,046-16), más el veinticinco por ciento de recargo, o sean cincuenta y tres mil ochocientos siete pesos, se-

senta y ocho centavos ($ 53,807-68) oro, más el veinte por ciento de las utilidades.

'Tercero. Cada cuatro meses se hará la liquidación y se pagará al Gobierno el tanto por ciento a que tiene derecho.

'Cuarto. Los rematadores que por no tener en Bogotá representante no firman este contrato, pueden adherirse a él dando aviso a la Gobernación de Antioquia antes del primero de enero de mil novecientos ocho (1908). Los que dentro de este plazo no se adhieran y los que en definitiva no aceptaren este convenio, responderán al Gobierno por su respectivo remate, cuyo valor se deducirá de los cuarenta y tres mil cuarenta y seis pesos diez y seis centavos ($ 43,046-16), base del contrato. Cada uno de los que acepten este arreglo responderá al Gobierno de la parte que le corresponde, y que es la indicada en el siguiente cuadro:

'Provincias.

'Fredonia. Primer año. Base convenida, según cuentas examinadas por Ramón A. Restrepo. . .$	4,589 94
'Fredonia. Segundo año. Con diez por ciento de recargo..	5,048 93
'Fredonia. Tercer año. Con veinte por ciento de recargo..	5,507 92
'Fredonia. Cuarto año. Con veinticinco por ciento de recargo..	5,737 42

"Quinto. Antes de elevarse a escritura pública en Medellín este arreglo, deberán estar aseguradas legalmente y a satisfacción del Gobernador de Antioquia, todas las rentas rematadas, y como este convenio constituye una verdadera novación de contrato, se hará qué (sic) al firmar la nueva escritura, queden renovadas todas las fianzas e hipotecas.

'Sexto. Este contrato necesita para su validez que sea aprobado por la Gobernación de Antioquia, por la Gerencia de las Rentas Reorganizadas y la Junta Directiva del Banco Central, y por el Ministerio de Hacienda, por tratarse de una renta nacional.

'Para constancia se firma por triplicado el presente contrato, en Bogotá, a veintiséis de diciembre de mil novecientos siete.

'Emiliano Isaza.....—Ricardo Botero S.—Testigo, Manuel C. Isaza—Testigo, Juan de Dios Salgado.'

Y continúa así la escritura número 82, donde aparece inserto el contrato Isaza:

"Tercero. Que en atención a lo pactado en Bogotá, según lo que se deja copiado, Botero S. se obliga a pagar por el remate de la Provincia de Fredonia y en el cuatrienio de que se ha hecho mérito, lo siguiente: en el primer año y mensualmente, cuatro mil quinientos ochenta y nueve pesos noventa y cuatro centavos ($ 4,589-94) oro, y además el cincuenta por ciento (50 por 100) de las utilidades líquidas que obtenga; en el segundo año pagará mensualmente cuatro mil quinientos ochenta y nueve pesos noventa y cuatro centavos ($ 4,589-94), más el diez por ciento (10 por 100) de recargo, o sea un total de cinco mil cuarenta y ocho pesos noventa y tres centavos ($ 5,048-93) oro, más el cuarenta por ciento (40 por 100) de las utilidades; el tercer año pagará mensualmente los cuatro mil quinientos ochenta y nueve pesos noventa y cuatro centavos ($ 4,589-94) oro, con un recargo de veinte por ciento (20 por 100); o sea un total de cinco mil quinientos siete pesos noventa y dos centavos ($ 5,507-92) oro, más el treinta por ciento (30 por 100) de las utilidades, y el cuarto año pagará los cuatro mil quinientos ochenta y nueve pesos noventa y cuatro centavos ($ 4,589-94) oro, mensualmente, con un veinticinco por ciento de recargo, o sea un total de cinco mil setecientos treinta y siete pesos cuarenta y dos centavos ($ 5,737-42), más el veinte por ciento de las utilidades.

"Cuarto. El otorgante Ricardo Botero & Compañía da por su fiador solidario para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones en el cuatrienio expresado a la casa comercial de Boteros & C^a, establecida en esta ciudad; y el señor Carlos Botero S., mayor de edad y vecino de este Distrito, que se halla presente, y a quien conozco personalmente, manifestó en nombre y representación de las referidas Casa o Sociedad comercal, que ésta se constituye fiadora de mancomún y solidariamente con el señor Ricardo Botero S., para el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraídas por éste, consignadas en la presente escritura y en la marcada con el número mil noventa y siete (1097) citada al principio, en la parte que no haya quedado reformada. La facultad del señor Carlos Botero S. para obligar a la Sociedad de Boteros & C^a, consta en la escritura pública que ha exhibido, señalada con el número mil cincuenta y dos (1052) de fecha veintitrés (23) de octubre de mil novecientos siete (1907), otorgada ante el suscrito Notario.

"Quinto. Que declaran vigentes las cláusulas de la precitada escritura número mil noventa y siete (1097) que no hayan sido modificadas por el contrato de novación de que da cuenta la presente.

"Sexto. Que como el presente contrato de novación no tiene valor determinado, le fijan como precio la suma de mil pesos ($ 1,000) papel moneda, con el fin de pagar los derechos de registro, que fueron cubiertos, como consta en la boleta que se agrega y copia."

Estudiando atentamente este instrumento en primer término se observa que los funcionarios que en él intervinieron hablaron en representación del Gobierno de Antioquia y del Gobierno Nacional y del Banco Central; que refiriéndose al contrato primitivo y en lo que respecta al remate de la renta de licores de la Provincia de Fredonia, declararon que ese contrato había sido modificado por el conocido con el nombre de Isaza, contrato que dicen aprueban insertándolo en seguida; que en este último contrato las partes se obligan al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraídas, es decir, a las que constan en la escritura número 82 y las obligaciones adquiridas según escritura marcada con el número 1097, "en la parte que no haya quedado reformada: que declaran vigentes las cláusulas de la escritura número 1097 que no hayan sido modificadas por el contrato de novación de que da cuenta la presente"; criterio de novación que confirman en la cláusula sexta al referirse a los derechos fiscales.

Ahora bien: si según la escritura que se analiza los funcionarios que en ella intervinieron lo hicieron en representación de las entidades que tenían derecho a dis-

poner de la renta por disposiciones legales vigentes entonces, y si esos mismos funcionarios declararon que aprobaban el contrato Isaza; si allí mismo se insertó este contrato para aprobarlo en todos los términos que él contiene, hay que concluír que la cláusula sexta estipulada en el contrato Isaza y en virtud de la cual para su validez se sujetaron sus estipulaciones a la aprobación de las entidades que allí se mencionan, quedó satisfecha mediante esa aprobación y que el reparo de nulidad por falta de manifestación legal del consentimiento no existe, máxime si se aprecia que la cláusula tercera de la escritura número 82 que se ha copiado antes, cláusula aceptada por aquellos funcionarios, ratifica la obligación de Botero S. de pagar por el remate de la Provincia de Fredonia y en el cuatrienio de que se ha hecho mérito, las mismas cantidades y las mismas participaciones fijadas en el contrato Isaza; y más si se tiene en cuenta que en tal escritura las partes se comprometen a cumplir las obligaciones consignadas en ella y las que aparecen en la escritura 1097, en todo aquello que no ha quedado reformado por el contrato de novación que las partes en aquélla realizaron.

Segundo. Figura también en los autos la escritura número 1164, otorgada en Medellín ante el Notario 2º, el 26 de septiembre de 1908, y en la cual consta de modo auténtico, que "comparecieron los señores doctor Dionisio Arango, Gobernador del Departamento de Antioquia, en representación de esta entidad y del Gobierno Nacional, Ramón A. Restrepo, Administrador Departamental de las Rentas Reorganizadas, en representación del Banco Central, y Carlos Botero S., en su carácter de apoderado general para negocios y pleitos de su hermano señor Ricardo Botero S., según consta en la escritura número quinientos setenta y cuatro (574), de doce de marzo de mil ochocientos noventa y cuatro (1894), otorgada en esta misma Notaría, cuya copia debidamente registrada tengo a la vista. Todos los comparecientes son varones mayores de edad, vecinos de este Distrito y personas de mi conocimiento. Los señores Arango y Restrepo me presentaron el telegrama oficial que dice así:

"Oficial—Bogotá, veinticinco de septiembre de 1908.

"Gobernador y Administrador de Rentas—Medellín.

"Con motivo del telegrama del primero de ustedes, en que solicita exención de fiscalización y participación para algunos rematadores de la renta de licores en ese Departamento; en acuerdo presidencial se me autorizó para que, de acuerdo con Gobernador, hiciera lo que fuera justo y legal. Como estimo que es de justicia conceder a los rematadores peticionarios lo que se concedió a Sierra Vásquez y Compañía, los autorizo para que en nombre de la Gerencia celebren los respectivos contratos.

"Salvador Franco—Auténtico—**Cadavid"**

En consecuencia dijeron los otorgantes:

"Primero. Que por escritura número mil noventa y siete (1097), de fecha tres de noviembre de mil novecientos siete (1907), otorgada ante mí, aseguró el señor Ricardo Botero S. el remate en representación de la renta de licores de la Provincia de Fredonia, de este Departamento, para el cuatrienio que principia el primero de enero del presente año, obligándose a pagar mensualmente la suma de siete mil quinientos pesos ($ 7,500) oro.

"Segundo. Que ese contrato fue modificado por un convenio celebrado en Bogotá mediante el cual el Gobierno hizo algunas concesiones a los rematadores de las rentas de licores nacionales de este Departamento, quedando el mismo Gobierno con cierta participación en las utilidades de las mismas, por lo cual quedó también autorizado para fiscalizar las cuentas de dichas rentas, convenio éste que fue formalizado por la escritura pública número ochenta y dos (82) de fecha veintidós (22) de enero del presente año, otorgada ante mí.

"Tercero. Que en atención a la autorización contenida en el telegrama inserto, y obrando los comparecientes Arango y Restrepo en representación de las entidades citadas, eximen al referido señor Ricardo Botero S. del deber legal de pagar al Gobierno la participación que según el contrato inserto en la escritura últimamente citada, le corresponde, lo mismo que de la fiscalización que en las cuentas de la renta de la Provincia de Fredonia tenía derecho a hacer el mismo Gobierno. El compareciente Botero S., en nombre de su mandante, acepta la exención contenida en las declaraciones que preceden, de los señores Arango y Restrepo, y juntamente con éstos declara: que en todo lo demás que no haya sido modificado por la presente, quedan en toda su fuerza y vigor las escrituras citadas en el presente instrumento."

. . . . . .

Puestos en relación los términos de este instrumento con los de la escritura número 82 de 22 de enero de 1908, claramente se ve que por parte del Gobierno Nacional hubo, en primer término, una confirmación más de las estipulaciones del contrato Isaza, desde luégo que en éste los rematadores adquirieron la obligación de dejar fiscalizar por parte del Gobierno la administración de la renta para saber la utilidad que le correspondiera y adquirir los datos necesarios para poder administrarla por su cuenta cuando hubiera de recibirla, obteniendo los rematadores, en cambio de esta concesión, una rebaja de las sumas fijas que hubieran de pagar y de los porcentajes y utilidades que correspondían al Fisco conforme al contrato primitivo.

En segundo término se observa que con referencia a la primitiva escritura en que consta el contrato, origen de todos los posteriores, y en que se fijó como canon de arrendamiento para la Provincia de Fredonia la suma de siete mil quinientos pesos, en la cláusula segunda del contrato que se analiza, se advierte que aquél fue modificado por el contrato Isaza, y con base en las estipulaciones de éste, en la cláusula tercera se declara en nombre de la entidad a quien por entonces correspondía la renta de licores, que se exime al señor Botero S. "del deber legal de pagar al Gobierno la participación que según el contrato inserto en la escritura últimamente citada le corresponde, lo mismo que de la fiscalización que en las cuentas de la renta de la Provincia de Fredonia tenía derecho a hacer el mismo Gobierno"; y concluyen, "que en todo lo demás que no haya sido modificado por la presente, quedan en toda su fuerza y vigor las escrituras citadas en el presente instrumento." Y como los contratos a que estas escrituras se refieren son los que constan en la número 1097 de fecha tres de noviembre de 1907, en que se estipuló que el demandado Botero S., por el arrendamiento de la renta de la Provincia de Fredonia, en el cuatrienio de que se trata, debía pagar mensualmente la suma de siete mil quinien-

tos pesos, y el que aparece en la escritura número 82, de fecha veintidós de enero de 1908, en que se aprobó el contrato Isaza, según el cual por dicha Provincia debían pagarse las sumas de que se ha hablado con las participaciones o porcientajes en favor del Gobierno y con el derecho de fiscalización por parte de éste, hay que concluir, lógicamente, que desde la fecha de la escritura 1164 que se analiza, esto es, desde el veintiséis de septiembre de 1908, cesó para el demandado Botero S. la obligación de pagar los porcientajes, y la cuantía del arrendamiento mensual por la Provincia de Fredonia, quedó reducida a las sumas de cuatro mil quinientos ochenta y nueve con noventa y cuatro, durante el primer año del arrendamiento; cinco mil cuarenta y ocho con noventa y tres, durante el segundo; cinco mil quinientos siete con noventa y dos en el tercero, y cinco mil setecientos treinta y siete con cuarenta y dos, en el cuarto.

Tercero. Aparece en los autos, en su calidad de instrumento auténtico, copia de la escritura número 863, otorgada ante el Notario segundo del Circuito de Medellín, el veintisiete de junio de 1911, y en la cual consta que "comparecieron los señores General Pedro J. Berrío, Gobernador del Departamento de Antioquia; doctor Antonio José Montoya, Secretario de Hacienda; Estanislao Gómez Barrientos, Administrador General del Tesoro; Camilo C. Restrepo y José María Escobar, todos ellos en su carácter de miembros de la Junta Especial para intervenir en varios asuntos de la renta de licores, creada por la Ordenanza número 29, de 28 de abril último, por una parte, que en adelante se llamará 'la Junta Especial'; y Ricardo Botero, en su propio nombre y a la vez en su condición de socio Administrador y representante de la Compañía colectiva de comercio, denominada Boteros & C^a, establecida en esta ciudad, por la otra parte, que en adelante se llamará 'El Contratista'; todos mayores de edad y vecinos de este Distrito, a quienes conozco personalmente, y dijeron que han celebrado la convención de que tratan las siguientes cláusulas:

"Primera. Que merced al contrato que reforma (sic) la escritura número mil noventa y siete (1097), que se modificó por el de que habla la escritura número ochenta y dos (82) de veintidós de enero (22) de mil novecientos ocho (1908), extendidas ambas ante mí, el otorgante Botero es arrendatario de la renta de licores de la antigua Provincia de Fredonia, del Departamento de Antioquia, en el cuatrienio que principió el primero de enero de mil novecientos ocho (1908), y que termina el treinta y uno (31) de diciembre del año en curso.

"Segunda. Que el contrato consignado en la escritura últimamente citada, conocido con el nombre de 'contrato Isaza,' fue modificado posteriormente por instrumento número mil ciento sesenta y cuatro (1164) bis, que fue extendido ante mí el veintiséis de septiembre de mil novecientos ocho (1908), consistente tal modificación en suprimir de él la participación del Gobierno en el producto de tal renta y la fiscalización del Gobierno en la administración de ella.

"Tercera. Que los contratos aludidos se hicieron entre la Nación y el otorgante Botero; pero que en virtud del artículo 1º de la Ley 8ª de 1909, la renta de licores, que era renta nacional, convirtióse en renta departamental, merced a la cesión que se hizo en tal Ley, cesión que aceptó el otorgante Botero.

"Cuarta. Que el otorgante Botero, por motivos de diferente índole, se ha negado a pagar al Departamento los porcientajes estipulados y los intereses convencionales, lo cual ha dado origen a que el Departamento haya establecido juicio ejecutivo contra la Sociedad de Boteros & C^a, que en los mentados contratos se comprometió solidariamente con el otorgante Botero como fiador de éste, encaminado dicho juicio a exigir lo que el Departamento crea que se le debe, a partir del primero de julio de mil novecientos nueve (1909) en adelante.

"Quinta. Que para el efecto de resolver esas dificultades y diferencias, se creó por la Ordenanza número 29 de 28 de abril último, la Junta Especial para intervenir en varios asuntos de la renta de licores, Junta a la cual se le concedió facultad expresa para transigir.

"Sexta. Que con motivo de las diferencias que ha habido entre el otorgante Botero y este Departamento, relativas al pago de los porcientajes y al Decreto número seiscientos diez y seis (616) de mil novecientos nueve (1909) sobre indulto a los defraudadores de las Rentas de Licores y Degüello, dictado por el General Jorge Holguín, las partes litigantes han arreglado las cuestiones pendientes originarias por las causas señaladas y por otras, en conformidad con las bases que se indican a continuación:

"**a**) Que los recargos y porcientajes a que se refiere el contrato de la escritura número ochenta y dos (82), de veintidós (22) de enero de mil novecientos ocho (1908), quedan reducidas al doce y medio por ciento en el tiempo comprendido entre el primero de julio de mil novecientos nueve (1909) y el treinta y uno (31) de diciembre del presente año de mil novecientos once (1911);

"**b**) Que la Casa Boteros & C^a y el otorgante Botero pagan al contado a la Junta Especial, los porcientajes o recargos correspondientes hasta el treinta (30) del mes de junio en curso, inclusive, que ascienden a la suma de trece mil ciento trece pesos treinta y tres centavos oro ($ 13,113-33), suma que la Junta Especial declara tener recibida a su satisfacción;

"**c**) Que los mismos señores Botero y Boteros & C^a continuarán pagando esos porcientajes, reducidos al doce y medio por ciento del primero de julio en adelante hasta el treinta y uno de diciembre próximo, por mensualidades anticipadas;

"**d**) Que tanto el otorgante Botero como la Sociedad de Boteros & C^a, a quien él representa legalmente, quedan obligados a dar a la Junta Especial o al Consejo Departamental en defecto de aquélla, todos los datos que se les exijan sobre gastos de administración y productos de la renta de Fredonia en un cuadro especificado por Distritos. Tales datos o cuadros deberán ser presentados por el otorgante Botero o por la Casa de Boteros & C^a, en el término de treinta días (30), contados de hoy en adelante; y la Junta Especial y en su defecto el Consejo Departamental, quedan con derecho para nombrar visitadores que confronten los datos suministrados con los libros o documentos originales, los que serán franqueados voluntariamente al Visitador o Visitadores por el otorgante Botero o por Boteros & C^a

"Séptima. Que tanto el Departamento como el otorgante Botero y la Sociedad a quien representa, aceptan en todas y cada una de sus partes, la transacción de que trata la cláusula anterior, y que, por ende, aceptan vo-

luntariamente las estipulaciones convenidas, bien establezcan derechos, bien establezcan obligaciones.

"Octava. Que en consecuencia de lo dicho, el otorgante Botero y la Casa de Botero & C^a se obligan solidariamente a pagar por mensualidades anticipadas al Tesoro Departamental, del primero de julio próximo al treinta y uno de diciembre del corriente año, la suma de cinco mil ciento sesenta y tres pesos sesenta y nueve centavos oro ($ 5,163-69) a que monta el canon principal del arrendamiento y los recargos o porcientajes, reducidos éstos al doce y medio por ciento (12½%) en la renta de la antigua Provincia de Fredonia.

"Novena. Que por motivo de la transacción de que se trata, la Junta Especial da por terminado el juicio que existe, pendiente contra la Casa de Botero & C^a, y se compromete a que en la forma adecuada se desista de él.

"Décima. Que la Junta Especial declara a la Casa de Botero & C^a y al otorgante Ricardo Botero, a paz y salvo con el Tesoro Departamental hasta la fecha del treinta del mes de junio en curso, y que además renuncia a toda reclamación procedente de los recargos o porcientajes que han sido materia de diferencias, y el Contratista, a su vez, renuncia a la reclamación por indemnización de perjuicios; ya sea contra la Nación o el Departamento de Antioquia.

"Undécima. Que si el otorgante Botero y la Casa de Botero & C^a dejaren de cumplir alguna de las obligaciones señaladas en la cláusula sexta, singularmente la de presentar los cuadros indicativos de los productos y gastos de las rentas de los Distritos, o impidieren al Gobierno la confrontación de los datos suministrados con los libros originales, este contrato quedará resuelto ipso facto, los contratos anteriores revivirán en todas sus partes y la Junta Especial de Rentas obrará sin tener para nada en cuenta el contrato actual.

"Duodécima. Que los contratos anteriores subsisten en todo aquello que no sea contrario al presente contrato; de modo que los vacíos que se encuentren en esta escritura, lo mismo que los puntos obscuros que se presenten, se llenarán o esclarecerán con lo anteriormente estipulado."

Este testimonio público, como se ve de sus propios términos, funda las últimas consecuencias jurídicas que él contiene precisamente en los actos contractuales realizados mediante las escrituras arriba comentadas, y al tener como base de sus estipulaciones las que constan en esas escrituras, no hace otra cosa que ratificarlas y confirmarlas en lo que dice relación al arrendamiento de la renta en la Provincia de Fredonia y respecto de los derechos y obligaciones que los contratos anteriores implicaban. Y si la Junta Especial de que allí se trata, al obrar legítimamente en nombre del Departamento de Antioquia, aceptó las modificaciones que al contrato primitivo se habían hecho hasta la de suprimir la participación del Gobierno en el producto de tal renta y la fiscalización del Gobierno en la administración de la misma, hoy que concluír necesariamente que los derechos del Departamento estaban limitados por aquellas modificaciones, desde luégo que, como lo reconoce el actor, el Departamento no pudo suceder a la Nación en más de lo que ésta tuviera.

Y contribuye a afirmar este criterio la transacción que este último documento contiene respecto de las diferencias surgidas antes y relativas al pago de los porcientajes y otras cuestiones pendientes; y según la cual transacción los recargos o porcientaajes "a que se refiere el contrato de la escritura número ochenta y dos (82) de veintidós de enero de mil novecientos ocho (1908), quedan reducidos al doce y medio por ciento en el tiempo comprendido entre el primero de julio de mil novecientos nueve (1909) y el treinta y uno (31) de diciembre del presente año de mil novecientos once (1911)"; tiempo en el cual el Departamento bien podía disponer de los derechos que le confería su carácter de arrendador, y como sustituto de la Nación, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley VIII de 1909, que empezó a regir desde el primero de julio del mismo año. Y respecto del tiempo anterior, esto es desde el primero de enero de 1908 hasta el 1º de julio de 1909, mal podía el Departamento disponer, porque, como se ha insinuado ya, por la escritura número 1067, ya comentada, las entidades representativas del Gobierno Nacional habían eximido al demandado Botero S. "del deber legal de pagar al Gobierno la participación que según el contrato inserto en la escritura últimamente citada le corresponde," lo mismo que de la fiscalización que en las cuentas de la Renta de la Provincia de Fredonia tenía derecho a hacer el mismo Gobierno; exención ésta que los representantes del Departamento tuvieron en cuenta según la cláusula segunda de la escritura número 863 que últimamente se ha citado.

Y más todavía se confirma la ratificación de que se habla, si se tiene en cuenta que para deducir el doce y medio por ciento (12½%) que el Gobierno de Antioquia le cobró al demandado Botero S., apreció como capital, valor del arrendamiento, la misma cantidad que se fijó para los distintos años en el contrato Isaza. Y si no tuvo en cuenta la diferencia que ahora se cobra, fue precisamente porque respetó la exención hecha por el Gobierno Nacional y su consecuencia jurídica que no era otra que la falta de transmisión de un derecho que ya no existía.

También la cláusula décima de la última escritura que se analiza contiene la declaración de que Botero está "a paz y salvo con el Tesoro Departamental hasta la fecha del mes en curso, **y que además renuncia a toda reclamación procedente de los recargos o porcientajes que han sido materia de diferencias.**" Lo que quiere decir que sobre este particular existe una verdadera transacción, y aunque se arguya que ella sólo se refiere a los propios términos de la cláusula y a las cuestiones que ella enuncia, no debe olvidarse que todos los funcionarios representantes de las entidades dueñas de la renta reconocieron la validez del contrato Isaza, ratificándola de muchas maneras, tal como se ha demostrado, y que por tanto la diferencia en el canon de arrendamiento que hoy se cobra no existe por la eficacia de aquel convenio. Y para confirmar esta conclusión, téngase presente que en la cláusula doce de la última escritura que se analiza, los contratantes estipularon "que los contratos anteriores subsisten en todo aquello que no sea contrario al presente contrato; de modo que los vacíos que se encuentren en esta escritura, lo mismo que los puntos oscuros que se presenten, se llenarán y esclarecerán con lo anteriormente estipulado"; y como el contrato Isaza es de los anteriores y en él se estipuló la rebaja que hoy se cobra, si este contrato, por voluntad del Departamento de Antioquia, está incluído en el que celebró con fecha veintisiete de junio de 1911, lógicamente hay que concluír que por obra de esta estipulación el Departamento carece de derecho para cobrar aquellas diferencias.

Cuarto. Como prueba de parte del demandado figura también en el proceso la escritura número 444 de veintisiete de marzo de mil novecientos doce, otorgada en Medellín ante el Notario segundo del Circuito, en la que consta que el señor César García, en su carácter de Administrador General del Tesoro del Departamento de Antioquia, autorizado debidamente por la Junta Especial de la Renta de Licores, declara "que por cuanto el señor Botero ya ha cumplido todas y cada una de las obligaciones que contrajo como socio rematador de la renta de licores de la Provincia de Fredonia mencionada, en nombre del señor Gobernador del Departamento y de la Junta Especial de que se ha tratado, declaran cancelada y sin fuerza y ningún valor la dicha escritura número ochocientos setenta y tres (873) de fecha veintisiete (27) de junio de mil novecientos once (1911)."

También el señor Secretario de Hacienda, en el informe que en copia figura en los autos, refiriéndose al negocio del remate de la renta de licores de que aquí se trata, dice:

"Los rematadores cumplieron las obligaciones que constan en tales instrumentos, y, por lo tanto, está hoy saldada su cuenta en los libros de la Administración General del Tesoro, y no queda pendiente con relación al arrendamiento de la renta de licores en el cuatrienio que terminó el treinta y uno de diciembre de 1911."

Por su parte el señor Administrador General del Tesoro del Departamento de Antioquia, mediante la intervención del señor Secretario de Hacienda, certifica que "en los libros de esta Administración no consta que el señor Ricardo Botero S., en su calidad de arrendatario que fue de la renta de licores de la extinguida Provincia de Fredonia, del Departamento de Antioquia, en el período comprendido del año de 1908 al de 1911, sea deudor del Tesoro Departamental por cantidad alguna, y está por tal concepto, a paz y salvo con dicho Tesoro.

"Medellín, septiembre 19 de 1928." (Cuaderno principal, folio 101).

Estos documentos auténticos demuestran palmariamente que el demandado Botero S. solucionó sus obligaciones de acuerdo con los contratos por él celebrados de modo satisfactorio, y, por consiguiente, así debe declararse reconociendo la excepción correspondiente.

La parte actora sostiene que la mencionada escritura número ochocientos sesenta y tres sólo se refiere a las diferencias sobre el precio y pago de la renta de licores de la Provincia de Fredonia, en el período que empezó el 1º de julio de 1909, y funda este aserto en lo siguiente:

a) En que la cláusula cuarta dice que el Departamento estableció juicio contra algunos de los fiadores de los arrendatarios, "encaminado ese juicio a exigir lo que el Departamento cree que se le debe, a partir del primero (1º) de julio de mil novecientos nueve (1909) en adelante";

b) En que la cláusula quinta reza "que para el efecto de resolver esas dificultades y diferencias, se creó por la Ordenanza número 29, de veintiocho de abril último, la Junta Especial, para intervenir en varios asuntos de la renta de licores, Junta a la cual se concedió facultad expresa para transigir."

c) En que el artículo 2º de esa Ordenanza dispone:

"La Junta Especial queda facultada para lo siguiente:

"'Para resolver las dificultades pendientes con los actuales rematadores de la renta de licores del Departamento, con facultades para transigir; para llevar adelante los pleitos del Departamento sobre este particular.....'"

d) En que en la parte a) de la cláusula sexta de la escritura antes mencionada, se dice "que los recargos y porcentajes..... quedan reducidos.... en el tiempo comprendido entre el primero de julio de mil novecientos nueve (1909) y el treinta y uno de julio de mil novecientos once (1911)."

e) En que en la cláusula novena se estipula "que por motivo de la transacción de que se trata, la Junta Especial da por terminado el juicio que existe pendiente contra los indicados señores Ricardo Botero S. y Casa comercial de Boteros & Cª, y se compromete a que en la forma adecuada se desista del juicio."

En relación con esta objeción se observa:

En lo que atañe a la ordenanza número 29, no se advierte en ella frase ni expresión alguna que pueda dar lugar a pensar que las facultades conferidas a la Junta Especial digan relación tan sólo a los dos años y medio últimos del cuatrienio que empezó a correr el primero de enero de mil novecientos ocho. Lejos de ello, del mismo pasaje de la ordenanza invocado por la parte demandante, aparece que esas facultades se referían a todo aquel período, una vez que se autorizó a la Junta "para resolver las dificultades pendientes con los actuales rematadores," sin establecer distinción ni limitación alguna por razón del tiempo a que se refieran esas dificultades, siendo así que existían diferencias o puntos dudosos con relación a la primera parte del mencionado cuatrienio, como lo pone de manifiesto la misma parte actora en su demanda.

En orden a la escritura número 863, es verdad que hay cláusulas, tales como las transcritas por el demandante, que versan únicamente sobre el tiempo posterior al primero de julio de mil novecientos nueve, así como también hay otras que sólo se refieren al segundo semestre de mil novecientos once, verbigracia, la marcada con la letra c) del ordinal sexto que dice:

"Que la misma Casa Boteros & Cª, continuará pagando esos porcentajes reducidos al doce y medio por ciento del primero de julio próximo en adelante, hasta el treinta y uno (31) de diciembre del corriente año, por mensualidades anticipadas."

Pero cabe observar que otras de esas cláusulas dicen relación a todo el cuatrienio, tal como la primera, que ya se conoce, y que expresa que la escritura número 1097 de 3 de noviembre de 1908, referente a todo aquel período, se modificó por la número 82, de 22 de enero de 1908 (contrato Isaza), también relativa a la totalidad del mismo período, y que en virtud de dichos instrumentos el señor Ricardo Botero S. es arrendatario de la renta de licores "en el cuatrienio que principió el primero de enero de mil novecientos ocho (1908) y que termina el treinta y uno de diciembre del corriente año de mil novecientos once (1911)."

Tampoco hacen referencia a la fracción del período que señala la parte demandante la cláusula segunda, ni la tercera, ni la décima, que declara a la Casa Boteros

& C^{a} y al señor Ricardo Botero S., a paz y salvo con el Tesoro Departamental hasta el último de junio de mil novecientos once, ni la once, que establece que si Botero & C^{a} y Botero S., dejan de cumplir alguna de las obligaciones señaladas en la cláusula décima, los contratos anteriores revivirán **en todas sus partes;** ni la doce, conforme a la cual dichos contratos anteriores subsisten en todo aquello que no sea opuesto a lo estipulado en el contrato de que se habla.

Aparece con entera claridad del análisis precedente, que algunas cláusulas del contrato dicen relación solamente a la parte del cuatrienio que empezó el primero de julio de 1909, pero que hay otras que se refieren a todo ese período, ya expresa, ya tácitamente. Y como sólo en estas últimas se apoyan las conclusiones deducidas anteriormente en orden a la extinción de la obligación demandada, se sigue que no es fundada la objeción que se viene considerando.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Civil de única instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probadas las excepciones de novación, transacción, remisión en parte y pago efectivo, y como consecuencia, absuelve al demandado señor Ricardo Botero S. de los cargos que se le formularon en la demanda que instauró contra él el doctor Eustasio de Mendoza en nombre del Departamento de Antioquia y a la cual se refiere este juicio.

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

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Carlos Arturo Díaz—Enrique A. Becerra—José Miguel Arango—Germán B. Jiménez—Pedro Sanz Rivera, Secretario.**

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de única instancia—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El señor Tomás Cerón Camargo, en libelo de fecha nueve de febrero del año en curso, dirigido a la Sala Civil de única instancia, y reformado posteriormente, según escrito de fecha siete de marzo del mismo año, demanda a la República de Colombia, representada por el señor Procurador General de la Nación, y a The Tropical Oil Company y Andian National Corporation Limited, representadas por el señor H. A. Metzger, para que, mediante la tramitación del juicio ordinario, se hagan las declaraciones relativas a la existencia del contrato celebrado por el señor Ministro de Obras Públicas con el señor Roberto de Mares, el veintiocho de noviembre de mil novecientos cinco, aprobado por el Poder Ejecutivo el seis de diciembre del mismo año; a la nulidad absoluta de las Resoluciones originarias del Ministerio de Obras Públicas, de fechas veinte de junio y veintitrés de agosto de mil novecientos diez y nueve, por las cuales se concedió permiso al señor de Mares "para traspasar el contrato a que se refiere la petición anterior, a The Tropical Oil Company; a la nulidad absoluta del contrato en virtud del cual se traspasa a The Tropical Oil Company el contrato a que se refiere la petición primera"; a la nulidad absoluta de las Resoluciones de catorce de marzo y trece de junio de mil novecientos veintiuno, y quince de diciembre de mil novecientos veintiocho, procedentes del Ministerio de Industrias; a la nulidad absoluta de las cláusulas "del contrato a que se refiere la petición tercera, en lo relativo a la duración de éste y a la participación de la Nación"; a la nulidad absoluta del contrato celebrado por el doctor Aquilino Villegas, como Ministro de Obras Públicas y James Waiwright Flanagan, como apoderado de Andian National Corporation Limited, sobre la construcción de un oleoducto público. También pide que las Compañías demandadas están en la obligación de "devolver a la Nación el petróleo y sus derivados o productos, y el gas natural, extraídos de los terrenos baldíos de la Nación, comprendidos dentro de los límites del contrato a que se refiere la petición tercera, o el valor de ellos al tiempo de su extracción," desde las fechas indicadas en la demanda.

En la citada demanda se pide, además, que por cuanto en el momento de ser ella promovida "en ejercicio de la acción popular, los bienes de la Nación o Estado a que se refiere la petición anterior, se hallan en manos de terceros"—las Compañías demandadas—"tales bienes son todos ellos bienes ocultos del Estado."

Se pide también que "por cuanto los artículos 7º y 10 del Decreto número 553 de 1925, que reglamenta la denuncia de bienes ocultos del Estado, son adiciones y reformas de los artículos 29 y 30 del Código Fiscal, e impiden la denuncia y reivindicación de aquellos a que se refieren los contratos mencionados en las peticiones tercera y sexta de esta demanda, acusan usurpación de atribuciones, por cuanto ellos desconocen derechos adquiridos por la Nación para que sus bienes ocultos sean denunciados sin más requisitos que los señalados en el artículo 30 del Código Fiscal, y los de los ciudadanos, para denunciarlos en las mismas condiciones, son tales artículos disposiciones que violan los artículos 31 y 76, ordinal 1º, de la Constitución; por cuanto los artículos 20, 21, 22 y 23 del mismo Decreto ponen obstáculos a la cesión de derechos adquiridos, de acuerdo con las leyes civiles, los desconocen y vulneran, y no permiten la cesión de derechos en el caso de una denuncia de bienes ocultos, como consecuencia de los contratos a que se refieren las peticiones tercera y sexta de esta demanda, son violatorios de los mismos artículos de la Constitución; por cuanto esos mismos artículos del Decreto adicionan el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, el Título XXV del libro IV del Código Civil y los artículos 669 y siguientes del mismo Código, violan otras leyes; por cuanto los artículos 7º y 10 del mismo Decreto número 553 de 1925, en armonía con los ordinales 6º, 39 y 42 del Decreto legislativo número 92 de 1932, en el mismo caso, proveniente de los contratos mencionados en las peticiones tercera y sexta de esta demanda, constituyen fuerza mayor que impiden la denuncia y reivindicación de los bienes ocultos del Estado, puesto que su cuantía puede ser avaluada en más de doscientos cincuenta millones de pesos ($ 250.000,000), violan los artículos 31 y 47 de la Constitución, 29 y 30 del Código Fiscal; por tanto, todos estos artículos del Decreto número 553 de 1925, reglamentario de los artículos 29 y 30 del Código Fiscal, adolecen de nulidad absoluta."

El demandante Cerón Camargo pide también en el mismo libelo, que por las dificultades que en la actualidad existen para obtener un contrato de bienes ocultos y ser "urgente la reivindicación de los bienes ocultos del Estado, a que se refieren las peticiones anteriores de esta demanda, y el restablecimiento del orden y la mo-

ralidad públicas sin previa denuncia, no se perjudica el derecho que el demandante tiene adquirido a obtener la participación que le señala el artículo 29 del Código Fiscal, por ser su iniciativa e interés los que con gran estudio y trabajo han promovido las acciones a que se refieren todas las peticiones anteriores; y por cuanto en este caso no es posible señalar de antemano la participación que el demandante debe obtener, en virtud de contrato, la Corte Suprema de Justicia aplica por analogía el artículo 1005 del Código Civil, y le asigna, en equidad y justicia, el (aquí él) tanto por ciento de los bienes que se puedan reivindicar en ejercicio de las acciones ejercitadas en todas las peticiones anteriores, el cual debe ser pagado a medida que los bienes reivindicados vayan entrando al patrimonio efectivo de la Nación, y declara al demandante con derecho para intervenir en todas las agencias y diligencias necesarias para evitar el extravío de tales bienes, hasta lograr incorporarlos en el patrimonio efectivo de la Nación."

"Que las Compañías demandadas se han hecho responsables de las costas y gastos que ocasionen las acciones legales justas que se hayan intentado o haya necesidad de intentar para la protección de los bienes nacionales y el restablecimiento del orden y la moralidad públicos; por tanto, están obligadas a pagar las costas de este juicio y los gastos que ocasione la recuperación de los bienes nacionales antes mencionados."

Repartido este negocio al señor Magistrado doctor Luis Felipe Rosales, lo sustanció, mediante este auto, y que lleva fecha cuatro de marzo anterior:

"El libelo anterior contiene demandas cuyo conocimiento no le está atribuído a esta Sala de la Corte. Tal acontece con la petición octava sobre declaración de ser ocultos ciertos bienes 'que se hallan en manos' de The Tropical Oil Company y Andian National Corporation Limited. Esa declaración corresponde hacerla al Ministro del ramo respectivo o al Consejo de Estado, según lo prevenido en el artículo 30, apartes **a)** y **f)** del Código Fiscal.

"Con la petición novena sucede otro tanto. Se persigue allí la declaración de que ciertas disposiciones de los Decretos ejecutivos números 553 de 1925 y 92 de 1932, violan los artículos 31, 47 y 76 de la Constitución, y 29 y 30 del Código Fiscal, así como otros del Código Civil y de la Ley 57 de 1887.

"Para lo primero (inconstitucionalidad), es competente la Corte en Sala Plena (Código Judicial, artículo 30). Para lo segundo (ilegalidad), el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, hoy Consejo de Estado (Ley 130 de 1913, artículo 78).

"Es claro que en un mismo libelo no puede involucrarse cuestiones que corresponden a distintas jurisdicciones; y por esto el suscrito Magistrado se abstiene de dar curso a la demanda así presentada, mientras no se limite a aquellos puntos sobre los cuales tiene jurisdicción la Sala Civil de única instancia."

El actor Cerón Camargo, en el libelo de fecha siete de marzo ya mencionado, "para no demorar este negocio," corrigió las peticiones octava y novena en estos términos:

"Octava. Que por cuanto en el momento de ser promovida esta demanda, los bienes ocultos de la Nación, a que se refiere la petición anterior, están en poder de The Tropical Oil Company y Andian National Corporation Limited, como consecuencia de los contratos a que se refieren las peticiones **tercera y sexta** de esta demanda, o sea por actos de maliciosa usurpación, a causa de incuria de las autoridades y otras causas semejantes, como usurpación de jurisdicción, colusión, etc.; por tanto, tales bienes son, todos ellos, bienes ocultos de la Nación.

"Novena. Que por cuanto la institución de bienes ocultos del Estado tiene por objeto que la Nación, asesorada por la iniciativa e interés individual o particular, sin erogación alguna del Tesoro Público, reivindique los que le pertenecen, por hallarse sin su conocimiento en poder de terceros, a causa de maliciosa usurpación, incuria de las autoridades u otras causas semejantes, el procedimiento para la denuncia de ellos y su reivindicación, como consecuencia de los contratos mencionados en las peticiones **tercera** y **sexta** de esta demanda, no debe tener traba alguna o impedimiento; por cuanto los artículos 7º y 10 del Decreto número 553 de 1925, que reglamenta la denuncia de bienes ocultos del Estado, son adiciones y reformas de los artículos 29 y 30 del Código Fiscal, e impiden la denuncia y reivindicación de aquellos a que se refieren los contratos mencionados en las peticiones **tercera** y **sexta** de esta demandá, acusan usurpación de atribuciones; por cuanto ellos desconocen derechos adquiridos por la Nación, para que sus bienes ocultos sean denunciados sin más requisitos que los señalados en el artículo 30 del Código Fiscal, y los de los ciudadanos, para denunciarlos en las mismas condiciones, son, tales artículos, disposiciones que violan los artículos 31 y 76, ordinal 1º de la Constitución; por cuanto los artículos 20, 21, 22 y 23 del mismo Decreto ponen obstáculos a la cesión de derechos adquiridos de acuerdo con las leyes civiles, los desconocen y vulneran, y no permiten la cesión de derechos en el caso de una denuncia de bienes ocultos, como consecuencia de los contratos a que se refieren las peticiones **tercera** y **sexta** de esta demanda, son violatorios de los mismos artículos de la Constitución; por cuanto esos mismos artículos del Decreto adicionan y reforman el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, el Título XXV del Libro IV del Código Civil, y los artículos 669 y siguientes del mismo Código violan estas Leyes; por cuanto los artículos 7º y 10 del mismo Decreto número 553 de 1925, en armonía con los ordinales 6º, 39 y 42 del Decreto legislativo número 92 de 1932, en el mismo caso, proveniente de los contratos mencionados en las peticiones **tercera** y **sexta** de esta demanda, constituyen fuerza mayor que impiden la denuncia y reivindicación de los bienes ocultos del Estado, puesto que su cuantía puede ser avaluada en más de doscientos cincuenta millones de pesos ($ 250.000,000), violan los artículos 31 y 47 de la Constitución, 29 y 30 del Código Fiscal; por tanto, todos estos artículos del Decreto número 553 de 1925, reglamentario de los artículos 29 y 30 del Código Fiscal, adolecen de nulidad absoluta.

"Las cuestiones planteadas en estas dos peticiones son del conocimiento privativo de la Sala Civil de única instancia."

En estas circunstancias, el señor Magistrado sustanciador proveyó el siguiente auto:

"Cuando un negocio está expresamente atribuído a autoridad distinta de aquella ante la cual se promueve, es deber de ella no avocar el conocimiento, evitando así desde el principio incurrir en nulidades posteriores que perjudican a las partes. Por eso, y cuando desde la ini-

ciación del juicio no se advierte la nulidad, el Juez, antes de decidir sobre lo principal, debe poner aquélla en conocimiento de las partes (Código Judicial, artículo 455). Todo esto demuestra el empeño de la ley porque no se adelanten actuaciones baldías. A este fin, y al de evitar el embrollo de demandas correspondientes a distintas jurisdicciones, obedece el auto de cuatro de marzo en curso, que el suscrito mantiene, porque en su concepto la cuestión de ser bienes ocultos del Estado los poseídos por los particulares, y la de ser violatorios de la ley o de la Constitución los decretos del Poder Ejecutivo, que son las materias a que se contraen las peticiones 8ª y 9ª, no están atribuídas a esta Sala de la Corte sino a las entidades que se mencionan en la citada providencia.

"Mas como el peticionario insiste en sostener que esta Sala tiene competencia para conocer de las susodichas dos peticiones, y el suscrito no comparte esa opinión, sería de desearse que mediante la interposición de los recursos que la ley brinda, se llevara el asunto ante los Magistrados restantes para que ellos enmienden, si lo hubiere, el error que se imputa al auto mencionado.

"Por tanto, se dispone:

"Estése a lo resuelto en el auto de cuatro de marzo en curso."

Contra esta providencia, el interesado Cerón Camargo interpuso recurso de súplica, que ha venido al estudio del resto de la Sala de Decisión, y que pasa a resolverse por ser admisible, puesto que se trata de un acto interlocutorio.

Son fundamentos del recurso éstos:

Que las disposiciones del Título VI del Código Judicial (probablemente se quiso citar el Título VII, sobre excepciones), sólo son aplicables a las partes en juicio; que "la tramitación de una demanda ordinaria es tan sencilla, que no puede dar lugar a error alguno de procedimiento." En fuerza de la acción popular consagrada en el artículo 45 de la Constitución, y al tenor de la disposición del artículo 209 del Código Judicial, puedo—dice el actor—ejercitar en una misma demanda varias acciones, en las condiciones siguientes:

a) Que el Juez sea competente para conocer de todas.
b) Que puedan ser sustanciadas bajo una misma cuerda, por ser uno mismo el procedimiento; y
c) Que las acciones no sean incompatibles.

Analicemos:

I. ¿Es la Sala Civil de única instancia de la Corte Suprema de Justicia, competente para conocer de las once acciones correspondientes a las once peticiones de mi demanda?

Contestación:

El artículo 40 del Código Judicial, dice así:

"La Sala Civil de única instancia conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos."

"Pero es así que la demanda para que se declare que los bienes usurpados maliciosamente por The Tropical Oil Company y Andian National Corporation Limited, a causa de incuria y colusión de las autoridades, es consecuencia directa de los contratos celebrados por la Nación con dichas Compañías; pero es así que la declaratoria de nulidad absoluta de unos artículos del Decreto número 553 de 1925, para impedir la acción administrativa sobre denuncia de bienes ocultos del Estado, que maliciosamente han usurpado las mismas Compañías, al tenor de la demanda, es consecuenccia directa de lo mismos contratos; pero es así que todas las demás peticiones de la demanda son consecuencias de los mismos contratos; luego la Sala Civil de única instancia es competente para conocer privativamente y en una sola instancia de todas ellas."

Para resolver las cuestiones que de modo afirmativo presenta el suplicante, tiénese en cuenta:

El derecho consagrado por el artículo 45 de la Constitución Nacional no tiene la amplitud que el actor le asigna; bien se trate de intereses públicos o de intereses privados, el derecho de petición debe ejercitarse con arreglo a las disposiciones que lo regulan, bien desde el punto de vista sustantivo, ora teniendo en cuenta las determinaciones legales sobre jurisdicción de las mismas autoridades que deben hacerlo efectivo, dando pronta resolución.

Ese mismo derecho de petición, para que sea efectivo, exige que se realice de acuerdo con las disposiciones que determinan las distintas acciones, los fundamentos de hecho y de derecho, las doctrinas jurídicas que lo apoyan, las autoridades ante quienes se debe comparecer, quién tiene la acción, a quién corresponde la prueba, cuándo se invierte la carga o necesidad de la misma, etc., etc.

El artículo 209 del Código Judicial, en que el suplicante se apoya, en primer término exige, para poder ejercitar en una misma demanda varias acciones, que el Juez sea competente para conocer de todas ellas. Veamos si en el presente caso la Sala Civil de única instancia es cmpetente para conocer de las distintas acciones propuestas:

Las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, tendientes a obtener la declaración de inexistencia y nulidad absoluta de los contratos mencionados y de las resoluciones que se citan, así como también la reivindicación de los bienes que allí se mencionan, a primera vista aparecen como atribuídas las acciones correspondientes al conocimiento de la Sala Civil de única instancia, por virtud de la disposición del artículo 40 del Código Judicial, y por derivarse dichas acciones, según lo asegura el suplicante, de contratos celebrados por la Nación. De suerte que, sobre este particular, ningún conflicto puede existir para la admisión de la demanda.

No sucede lo propio con las peticiones octava y novena, que, como bien lo aprecia el señor Magistrado sustanciador, se refiere la primera a que se declaren como ocultos y en favor del Estado los bienes de que allí se trata, y la segunda, a que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 7º y 10 del Decreto número 553 de 1925, como violatorios de los artículos 31 y 76 de la Constitución; así como también se ataca por inexequibles los artículos 20, 21 y 22 del mismo Decreto, y a la vez se les acusa como violatorios del Código Fiscal.

La declaración de que haya bienes ocultos del Estado, como bien lo reconoce el suplicante, "corresponde hacerla al Ministro del ramo respectivo o al Consejo de Estado," de acuerdo con el artículo 30 del Código Fiscal. Y la declaración de inexequibilidad de una ley o decreto del Ejecutivo, como violatorios de la Constitución, corresponde a la Corte Plena, según los artículos 41 del

Acto legislativo número 3 de 1910 y 30 del Código Judicial.

Así también la declaración de ilegalidad de un decreto, privativamente corresponde al Consejo de Estado, según el artículo 78 de la Ley 130 de 1913.

De suerte que la demanda que involucra acciones cuyo conocimiento corresponde a entidades distintas de la Sala Civil de única instancia de la Corte, no reúne la primera condición del artículo 209 del Código Judicial, citado por el suplicante.

Tampoco reúne la segunda condición de que puedan ser sustanciadas bajo una misma cuerda por ser uno mismo el procedimiento, desde luégo que las acciones sobre nulidad del contrato y de las resoluciones de que trata la demanda, están reguladas en su procedimiento por las disposiciones de los artículos 737 a 754 del Código Judicial, por tratarse de única instancia; las acciones sobre inexequibilidad, por violación de la Constitución, se tramitan de modo especialísimo de acuerdo con el artículo 30 del mismo Código; de manera que en el primer caso aquí contemplado se tiene el procedimiento del juicio ordinario, y en el segundo el de un juicio especial; procedimientos que son distintos. Y respecto a la declaración de ilegalidad de disposiciones de decretos ejecutivos, porque no corresponden en su conocimiento a la Corte Suprema, no hay en el Código Judicial disposición alguna que lo regule; el procedimiento para estos casos aparece señalado en las leyes que determinan la jurisdicción y competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Luego la falta de esta segunda condición hace inadmisible la demanda, tal como lo decretó el Magistrado sustancidor.

Y aunque se arguya que la demanda en todas sus peticiones es consecuencia directa de los contratos celebrados por la Nación con las Compañías demandadas, esto es sólo una simple aseveración, procedente del criterio del suplicante, que no es del caso entrar a determinar, desde luégo que hasta ahora no se ha demostrado cómo los contratos celebrados por la Nación con las Compañías trajeron como consecuencia la expedición del Decreto número 553 de 1925, ni mucho menos que de esos mismos contratos nazca o proceda la inconstitucionalidad o ilegalidad de ese Decreto, y la posibilidad para que desaparezca el carácter de ocultos de tales bienes, y pueda el suplicante hacer el contrato respectivo y recibir la participación que le corresponda en los doscientos cincuenta millones en que aprecia la cuantía de tales bienes.

Y menos puede argüirse que la acción administrativa proveniente de un contrato sobre denuncio de bienes ocultos del Estado, acción que, como su nombre lo indica, es administrativa, según lo reconoce el mismo suplicante, pueda involucrarse con la acción judicial ordinaria, proveniente de contratos celebrados o que celebre la Nación con particulares, pero que no versan sobre denuncio de bienes ocultos del Estado, según lo expresa el mismo actor; pues si la acción sobre declaración de bienes ocultos es distinta así en su competencia como en su objeto, mal puede equipararse o confundirse con la acción judicial ordinaria, procedente de otros contratos, distintas ya por su objeto, ya por las personas que en ellos intervinieron.

Tampoco es admisible el argumento de que la declaración de nulidad absoluta "procede en todos los casos de ejecución de contratos sin los requisitos que la ley ordena para que tengan valor, según lo preceptuado en los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, en armonía con el 15 de la Ley 95 de 1890," para sacar como consecuencia que el "Decreto número 553 de 1925 es un acto, es decir, resultado de una acción del Poder Ejecutivo."

Y no es de recibo, se repite, este argumento, porque si bien es cierto que el Decreto citado es un acto, debe advertirse que tal acto es un acto administrativo, de gestión pública, del Poder Público, no un acto de la vida civil de los que trata el Código Civil en los artículos citados por el suplicante, y el artículo 1º del mismo Código Civil, esto es, lo relativo a "las disposiciones legales sustantivas, que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles."

Y no se diga que el señor Magistrado sustanciador, cuando dictó sus autos negándose a admitir la demanda propuesta en la forma que aparece, se anticipó a declarar la existencia de una excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción o de inepta demanda; y menos se atribuya a esta actuación móviles contrarios a la recta administración de justicia, porque el Poder Judicial de la República, que tiene facultad de administrar justicia de acuerdo con la Constitución y las leyes, no puede ejercitar esa facultad en determinado negocio, si la misma Constitución o la ley no se la asigna; porque usurpan jurisdicción los Jueces cuando la ejercen sobre un negocio sin tenerla legalmente (artículo 148 del Código Judicial), y sólo la tienen cuando son competentes para conocer de él según su naturaleza, por la calidad de las partes o por el lugar donde debe ventilarse (artículo 150 ídem), y porque respecto a la naturaleza del asunto y la calidad de las partes, la "competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa" (artículo 151 del Código Judicial); y, en fin, porque el primer acto jurisdiccional que realiza un Juez es el de reconocer su propia competencia, admitiendo la demanda que se le presenta, o declarándose incompetente por no estarle atribuído el negocio, precisamente para evitar la sanción que corresponde a los Jueces que dan ocasión a la nulidad de los procesos por falta de jurisdicción (artículo 458 del Código Judicial), y el perjuicio que se les causa a las partes adelantando una tramitación írrita.

Por todo lo expuesto, se concluye que no es el caso de revocar la providencia recurrida en súplica, y de la cual se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial**.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION CIVIL

ACUERDO NUMERO 14

En Bogotá, a quince de diciembre de mil novecientos treinta y dos, se reunió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena de Acuerdo, con asistencia de los señores Magistrados doctores Hernández, Jiménez, Martínez, Nannetti y Tafur A., presididos por el Magistrado doctor Arango.

Actuó el suscrito Secretario.

A moción del Magistrado doctor Hernández se procedió en seguida a elegir Conjueces de esta Sala para el próximo período, y fueron aclamados los siguientes doctores:

1º Doctor Miguel Abadía Méndez.
2º Doctor Juan María Agudelo.
3º Doctor Miguel Arteaga H.
4º Doctor Constantino Barco.
5º Doctor Manuel Casabianca.
6º Doctor Víctor Cock.
7º Doctor Emilio Ferrero.
8º Doctor Ricardo Hinestrosa Daza.
9º Doctor Antonio José Montoya.
10. Doctor Manuel Ocampo.
11. Doctor Jesús Perilla V.
12. Doctor Eduardo Rodríguez Piñeres.

Se ordenó hacer las comunicaciones y publicación respectivas, y se dio por terminado el presente Acuerdo, que firman los que en él intervinieron.

El Presidente, JOSE MIGUEL ARANGO—**Tancredo Nannetti—Germán B. Jiménez—José Joaquín Hernández—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

ACUERDO NUMERO 17

En Bogotá, a veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, se reunió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo, con asistencia de todos los señores Magistrados que la integran, presididos por el señor Magistrado doctor Arango.

Actuó el suscrito Secretario.

Se procedió en seguida a elegir Conjueces de esta Sala para el presente período, y fueron aclamados los siguientes doctores:

1º Doctor Miguel Abadía Méndez.
2º Doctor Constantino Barco.
3º Doctor Parmenio Cárdenas.
4º Doctor Manuel Casabianca.
5º Doctor Víctor Cock.
6º Doctor Manuel I. Durán.
7º Doctor Emilio Ferrero.
8º Doctor Ricardo Hinestrosa Daza.
9º Doctor Antonio José Montoya.
10. Doctor Jesús Perilla V.
11. Doctor Eduardo Rodríguez Piñeres.
12. Doctor Eduardo Vallejo.

Se ordenó hacer las comunicaciones y publicación respectivas, y se dio por terminado el presente Acuerdo, que firman los que en él intervinieron.

El Presidente, JOSE MIGUEL ARANGO—**Tancredo Nannetti—Juan E. Martínez—Manuel Vicente Jiménez. José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez**—El Secretario, **Augusto N. Samper.**

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juez 1º del Circuito del Guamo, Gabriel Vega B., por medio de apoderado, entabló juicio ordinario contra Sacramento Cortés viuda de Ochoa; María Ochoa, representada por su esposo Aquilino Rodríguez, y Primitivo Góngora, en propio nombre la primera y todos como representantes de la sucesión de Pedro Ochoa, y el último en su calidad de albacea de dicha sucesión; Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga, esposos entre sí y en propio nombre, y Uldarico Arciniegas, Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito del Guamo, juicio en el cual se ejercitan estas acciones:

Primera. Que es nula la cancelación total del embargo decretado por el Juez 1º del Circuito del Guamo, por auto de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, en los juicios acumulados de Pedro Ochoa, Carmen R. de Yepes, Gabriel Vega y Daniel Perdomo contra Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga, embargo que recayó sobre la finca de **Macegal,** fracción de **Aguablanca,** del Municipio del Espinal, el cual fue comunicado en nota de la misma fecha y registrado en el libro respectivo de la Oficina de Registro del Guamo, bajo los folios 66 vuelto y 67 frente, partida número 91, el mismo día, embargo que el Registrador canceló en su totalidad sin orden del Juez que lo decretó.

Segunda. Que es nula la nota de cancelación total del referido embargo, puesta por el Registrador de instrumentos públicos y privados a la inscripción del embargo decretado por auto de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, cancelación que hizo el nueve de febrero de mil novecientos veintitrés.

Tercera. Que se declare que subsiste el embargo decretado por autos de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho y ocho de febrero de mil novecientos veintitrés, en una porción de la finca denominada **Macegal,** de que se ha hecho referencia, porción que, según el auto de embargo, de ocho de febrero, tiene los siguientes linderos:

"Desde un mojón que se encuentra sobre la línea divisoria con el terreno de la finada Felisa Orejuela, que está junto a la puerta de entrada del potrero de la vendedora; se sigue hacia el Occidente, por la línea divisoria de cerca de alambre mencionada, hasta encontrar otro mojón, en donde está la puerta de la manga de Adolfo Ruiz; de aquí hacia el Noreste, por la línea divisoria con Adolfo Ruiz, hasta encontrar otro mojón en donde hace esquina; de aquí, hacia el Sureste, por la línea divisoria ya mencionada, hasta encontrar otro mojón en donde hace esquina, lindando con el mismo Ruiz; de aquí, hacia el Sureste, hasta encontrar otro mojón al pie de un caucho, que es mojón del terreno de Felisa Orejuela; de aquí, siguiendo hacia el Sureste, por la línea divisoria del terreno de Felisa Orejuela, o sea el cerco de alambre, hasta encontrar un mojón en donde hace esquina; de aquí, hacia el Noreste, por la línea divisoria de los terrenos de Pedro Ochoa y José Vera, o sea por el cerco de alambre, hasta encontrar un mojón donde termina la calceta; de aquí, hacia el Sureste por la línea divisoria de cerca de alambre con el terreno de José Vera, hasta encontrar otro mojón en el extremo de la línea, junto a la puerta de José Vera; de aquí, hacia el Noreste, por la línea divisoria, con terreno de Francisco y Teodoro García, hasta encontrar otro mojón; de este mojón hacia el Noreste, por la línea divisoria de la cerca de alambre, con el terreno de Nicolás Rojas, hasta encontrar otro mojón; de aquí, siguiendo por la línea divisoria mencionada, hacia el Noreste, hasta encontrar otro mojón lindando con el mismo Rojas; de aquí, hacia el Noreste, por la línea divisoria antes mencionada, a encontrar otro mojón lindando con el mismo Nicolás Rojas; de aquí, hacia el Noreste, en línea recta, distancia de trescientots noven-

ta y siete metros y azimut de trescientos cincuenta y cuatro grados diez minutos, a encontrar otro mojón, situado en la loma; de aquí, hacia el Suroeste, en línea recta, azimut ciento ochenta y un grados treinta y siete minutos, distancia de quinientos setenta metros, a encontrar otro mojón al pie de una cerca de alambre y matarratones, cerca a unos pozos, lindando por este lado y el anterior, con terrenos de la vendedora; de aquí, hacia el Suroeste, siguiendo por la cerca de alambre y matarratones mencionada, hasta encontrar en dicha cerca un mojón del terreno de Gabriel Ayala, lindando hasta aquí con terreno de la vendedora; de aquí, siguiendo hacia el Suroeste por la línea divisoria con Ayala, hasta encontrar otro mojón en donde hace esquina, lindando con Ayala; de aquí, hacia el Suroeste, en línea recta, hasta encontrar el primer lindero citado."

Cuarta. Que como consecuencia de todo lo anterior, se declare nulo el registro de la escritura número 712, de veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho, Notaría del Guamo, por la cual Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga vendieron a María Sacramento Cortés una porción de la finca de **Macegal**, por los linderos especiales que se acaban de citar, inscripción que verificó el Registrador el nueve de febrero de mil novecientos veintitrés, a pesar del embargo subsistente de esa misma porción, conforme a los autos citados y a las notas en que se le comunicó, que llevan fechas trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho y ocho de febrero de mil novecientos veintitrés, respectivamente.

Quinta. Que el registro de la escritura número 712, de veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho, de la Notaría del Guamo, no ha podido transferir el dominio del lote que por la referida escritura venden a Sacramento Cortés, Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga, ni ha servido de medio de tradición a favor del comprador ni de la sucesión de Pedro Ochoa, por hallarse embargada legalmente la referida porción, y por haberse verificado la inscripción después de la muerte de Pedro Ochoa, esposo de Sacramento Cortés, en cuya vida de casados, y subsistiendo la sociedad conyugal, se verificó el contrato de venta.

Sexta. Que se declare que se halla fuera del comercio desde el trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, la porción de terreno que se ha alinderado, y especialmente desde que el Juzgado comunicó al Registrador la continuación del embargo, por nota de fecha ocho de febrero de mil novecientos veintitrés.

Séptima. Que los demandados deben pagar los perjuicios que se compruebe que Gabriel Vega y los demás demandantes, en los juicios acumulados de Pedro Ochoa y otros contra Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga, sufra o sufran, y que se comprueben en el curso del juicio, por el levantamiento del embargo total y por el registro ilegal de la escritura número 712, de veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho.

Octava. Que en caso de que la porción de terreno alinderada atrás hubiera pasado a otras manos y se hiciere difícil su persecución, lo que se demostrará en el curso del juicio, los demandados, en su calidad antes dicha, en forma solidaria, por formar una sola parte, y particularmente la sucesión de Pedro Ochoa y Sacramento Cortés deben responder del valor del referido lote, mediante avalúo de peritos, y se les condene al pago de él, para que con su producto se paguen los créditos pendientes en los juicios ejecutivos acumulados o que se acumulen de Gabriel Vega, Bautista Lozano y Pedro Ochoa y otros contra Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga.

Novena. Costas.

Se basa la demanda en estos hechos:

"1º En el Juzgado 1º de este Circuito seguían juicios ejecutivos acumulados contra Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga los señores Pedro Ochoa, Daniel Perdomo, Carmen R. de Yepes, Gabriel Vega B. (tercerista), para el pago de unas acreencias. En dichos juicios fueron embargados varios bienes raíces de propiedad de los ejecutados, entre ellos la finca denominada **Macegal**, fracción de **Aguablanca**, de la jurisdicción del Municipio del Espinal, embargo que se verificó por auto de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, comunicado al señor Registrador de instrumentos públicos el mismo día, y registrado dicho día bajo la partida 91 de los folios 66 vuelto y 67 frente.

"2º Terminadas las ejecuciones de los señores Pedro Ochoa y Carmen R. de Yepes contra los referidos ejecutados, por pago, los demás juicios y tercerías continuaron su curso, y los bienes de igual manera continuaron embargados para responder de las ejecuciones pendientes. Los créditos del señor Daniel Perdomo fueron cedidos a mi poderdante, señor Gabriel Vega B., quedando como único ejecutante el señor Vega B.

"3º Así las cosas, como se considerara que los bienes embargados eran más de los necesarios para el pago de las acreencias, de común acuerdo, ejecutante y ejecutados convinieron en dividir o separar el globo de **Macegal**, ya referido, en dos porciones, y que había sido embargado en su totalidad por auto de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho. De estas porciones determinadas en que las partes, de común acuerdo, dividieron la finca de **Macegal**, el ejecutante, en memoriales de fechas siete y ocho de febrero de mil novecientos veintitrés, solicitó del señor Juez que declarara levantado el embargo de una de las porciones en que se hallaba dividido el globo de **Macegal**, por acuerdo de las partes, y por los linderos especiales que se copiaron, y que diera por subsistente o que continuaba embargada la otra porción por los linderos especiales que se transcribieron en los mismos memoriales, y que es la misma porción y por los mismos linderos determinados que especifiqué en la petición tercera de esta demanda.

"4º El señor Juez 1º del Circuito, en auto de fecha ocho de febrero del corriente año decretó la solicitud, de conformidad, declaró desembargada una de las porciones en que ha sido dividida la finca de **Macegal**, y especificó los linderos de la parte desembargada, y ordenó que continuara el embargo y que subsistiera éste en la otra parte, por los linderos especiales que reprodujo en el auto, y que son los mismos a que se refiere la parte petitoria de la demanda en su punto tercero.

"5º Dicho auto fue transcrito al señor Registrador de instrumentos públicos, en oficio de fecha ocho de febrero citado, para que desembargara la parte que se le había ordenado y conservara el embargo en la otra parte, verificando la correspondiente inscripción, conforme a los linderos especiales.

"6º El señor Registrador de instrumentos públicos, de mala fe, faltando a su deber y contra la orden del Juzgado, violó el embargo, y puso nota de cancelación al embargo total a que se ha hecho referencia, cuando su obligación era desembargar únicamente la porción que

se le había ordenado y conservar el embargo en la otra parte, para lo cual no se le presentaba dificultad ninguna, porque se le daban linderos especiales.

"7º Desembargada así abusivamente, y contra su deber, la totalidad de la finca de Macegal, estuvo solícito en registrar la escritura pública número 712, de veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho; por la cual Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga vendieron a María Sacramento Cortés la porción de terreno que el Juzgado había ordenado continuara embargada, y que no había podido registrar a pesar de los muchos deseos del señor Registrador, por hallarse embargada, como se dijo antes.

"8º El registro no lo verificó sino después de que recibió el oficio de fecha ocho de febrero, en que se le comunicaba la continuación del embargo en la parte de la finca Macegal, la misma que refiere la escritura de venta dicha y la parte petitoria de la demanda.

"9º Ha habido dolo en los que intervenieron en el registro de la referida escritura, y especialísimo en el señor Uldarico Arciniegas, Registrador; pues sabían unos que la finca estaba embargada, y el último, por ser el depositario de la fe pública y haberle ordenado el Juzgado que mantuviera el embargo.

"10. El registro se verificó después de la muerte del señor Pedro Ochoa, esposo de la señora Sacramento Cortés, y durante la vida matrimonial fue cuando se celebró el contrato de compraventa, que consta en la escritura pública número 712, ya relacionada.

"11. El señor Pedro Ochoa relacionó en su testamento no el bien a que se refiere la citada escritura, sino un crédito, proveniente de aquel contrato de compraventa y como bienes suyos.

"12. En los inventarios de bienes de la sucesión del señor Pedro Ochoa no se relacionó igualmente el lote de tierras que motiva esta demanda, sino un crédito a favor de la sucesión, y fue aceptado el inventario sin contradicción alguna.

"13. El señor Registrador Arciniegas, a pesar de hallarse la nota del Juzgado de fecha ocho de febrero en su poder y en el archivo de la oficina, no ha querido hacer la anotación en el libro respectivo de la orden del Juez, sobre persistencia del embargo.

"14. Verificó el registro de la escritura en referencia, y la boleta sobre pago del recargo del registro fue asentada el día diez, lo que implica que verificó el registro antes de expedir la boleta.

"15. Ha habido dolo en el registro y en la cancelación, y falsedad, como falta de causa lícita, omisión y usurpación de actos y facultades al cancelar totalmente el embargo de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, y al registrar la escritura número 712 referida.

"16. Se ha causado gravamen a los ejecutantes que habían hecho el embargo de la porción de terreno que ilegalmente desembargó el señor Registrador, y con el registro de la escritura número 712 referida.

"17. Los bienes a que se refiere la escritura número 712, el auto de embargo y registro de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, y el auto comunicado al señor Registrador, de fecha ocho de febrero del corriente año, se hallan debidamente depositados por orden de su Juzgado en los juicios ejecutivos referidos.

"18. Los demás hechos que aparezcan comprobados en el expediente."

Como fundamentos de derecho se aducen los artículos 1521, 1740, 2640, 2677 del Código Civil.

Tanto el Registrador demandado como los demás, aceptando algunos de los anteriores hechos, negando otros y aclarando algunos, contradijeron las acciones entabladas, y los últimos opusieron la excepción perentoria de nulidad de la diligencia de registro del embargo de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, fundada en la omisión de los requisitos de los linderos, y en los artículos 2657, 2658, 2663, 1740, 1741 del Código Civil.

Entablaron estos mismos demanda de reconvención contra el actor en este juicio, en la cual se ejercitan estas acciones:

1ª Que son nulos, por vicio de nulidad absoluta, estos actos: la diligencia de registro de embargo del terreno de **Macegal y Matarredonda**, y el embargo mismo decretado por el Juzgado 1º del Circuito del Guamo, en auto de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, en el juicio ejecutivo seguido por Primitivo Prada contra Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga, diligencia que llevó a cabo el Registrador de instrumentos públicos del Circuito del Guamo en la misma fecha; y la orden de embargo, comunicada por el mismo Juez al Registrador en la citada fecha, bajo el número 146.

2ª Que la escritura de fecha veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho, otorgada ante el Notario del Circuito del Guamo, bajo el número 712, en la que consta el contrato de compraventa del terreno de **Macegal y Matarredonda**, ubicado en jurisdicción del Municipio del Espinal, celebrado por Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga, vendedores, y Sacramento Cortés de Ochoa, compradora, está legalmente registrada, y en consecuencia es válido ese contrato, y se verificó la tradición del dominio del inmueble a la sucesión de Pedro Ochoa.

3ª Que se levante el depósito judicial del terreno expresado, verificado por el Juez Municipal del Espinal, el doce de febrero de mil novecientos veintitrés, por comisión del Juez 1º del Circuito del Guamo.

4º En el caso de no decretar la nulidad absoluta de los actos expresados en la primera petición de la demanda, y de no reconocer la validez del registro de la escritura número 712 citada y el contrato contenido en ella, se condene al demandante Gabriel Vega B. a restituir a la sucesión de Pedro Ochoa la suma de cuatro mil trescientos siete pesos ochenta y un centavos, valor del terreno vendido, con los intereses corrientes, desde la fecha en que Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga recibieron el precio, o sea el veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho.

5ª En subsidio de las declaraciones anteriores, a favor de la sucesión de Pedro Ochoa, que éstas se hagan a favor de la sociedad conyugal ilíquida Ochoa-Cortés, constituída por el matrimonio de Pedro Ochoa con Sacramento Cortés de Ochoa, hoy disuelta por muerte del esposo.

El Juez sentenció en estos términos:

"1º Es nula la diligencia de registro de embargo de **Macegal y Matarredonda**, verificada por el señor Registrador de instrumentos públicos y privados del Circuito del Guamo, el día trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho.

"2º Es asimismo nulo el auto de embargo dictado por el señor Juez 1º del Circuito del Guamo, en el ejecutivo

de Primitivo Prada contra Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga, el día trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho.

"3º Consecuencialmente, la orden de embargo comunicada al señor Registrador citado, en la misma fecha, trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, sobre el mismo asunto y procedente del Juzgado referido, es también nula.

"4º Subsiste, y tiene todo su valor legal el auto de embargo de fecha ocho de febrero de mil novecientos veintitrés, en la porción de la finca alinderada así:

'Desde un mojón que se encuentra sobre la línea divisoria con el terreno de la finada Felisa Orjuela, que está junto a la puerta de entrada del potrero de la vendedora; se sigue hacia el Occidente por la línea divisoria del cerco de alambre mencionada, hasta encontrar otro mojón, en donde está la puerta de la manga de Adolfo Ruiz; de aquí, hacia el Noreste, por la línea divisoria con Adolfo Ruiz, hasta encontrar otro mojón en donde hace esquina; de aquí, hacia el Sureste, por la línea divisoria ya mencionada, hasta encontrar otro mojón, donde hace esquina, lindando con el mismo Ruiz; de aquí, hacia el Sureste, hasta encontrar otro mojón al pie de un caucho, que es mojón del terreno de Felisa Orjuela; de aquí, siguiendo hacia el Sureste, por la línea divisoria del terreno de Felisa Orjuela, o sea el cerco de alambre, hasta encontrar un mojón en donde hace esquina; de aquí, hacia el Noreste, por la línea divisoria de los terrenos de Pedro Ochoa y José Vera, o sea por el cerco de alambre, hasta encontrar otro mojón en donde termina la calceta; de aquí, hacia el Sureste, por la línea divisoria del cerco de alambre, con el terreno de José Vera, hasta encontrar otro mojón en el extremo de la línea, junto a la puerta de José Vera; de aquí, hacia el Noreste, por la línea divisoria con el terreno de Francisco y Teodoro García, hasta encontrar otro mojón; de este mojón hacia el Noreste, por la línea divisoria de la cerca de alambre, con el terreno de Nicolás Rojas, hasta encontrar otro mojón; de aquí, siguiendo por la línea divisoria mencionada, hacia el Noreste, hasta encontrar otro mojón lindando con el mismo Rojas; de aquí, hacia el Noreste, por la línea divisoria antes mencionada, a encontrar otro mojón lindando con el mismo Nicolás Rojas; de aquí, hacia el Noreste, en línea recta, distancia de trescientos noventa y siete metros y azimut de trescientos cincuenta y cuatro grados, diez minutos, a encontrar otro mojón situado en la loma; de aquí, hacia el Suroeste, línea recta, azimut de ciento ochenta y un grados, treinta y siete minutos, distancia de quinientos setenta metros, a encontrar otro mojón al pie de una cerca de alambre y matarratones, cerca a unos pozos, lindando por este lado y el anterior con terreno de la vendedora; de aquí, hacia el Suroeste, siguiendo por la cerca de alambre y matarratones mencionada, hasta encontrar en dicha cerca un mojón del terreno de Gabriel Ayala, lindando hasta aquí con terreno de la vendedora; de aquí, siguiendo hacia el Noroeste, por la línea divisoria con Ayala, hasta encontrar otro mojón, en donde hace esquina, lindando con Ayala; de aquí, hacia el Suroeste, en línea recta, hasta encontrar el primer lindero citado."

"5º Es nulo, y sin valor ni efecto legal alguno, el registro de la escritura número 712, de veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría del Guamo, por la cual Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga venden a María Sacramento Cortés de Ochoa la porción de terreno alinderada en el punto anterior.

"6º El registro de la escritura número 712, de veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho, de la Notaría del Guamo, no ha podido transferir el dominio del lote que por la referida escritura venden a Sacramento Cortés, Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga, ni ha servido de medio de tradición a favor de Sacramento Cortés, ni de la sucesión del señor Pedro Ochoa, por hallarse embargada legalmente la referida porción.

"7º Desde el ocho de febrero de mil novecientos veintitrés se halla fuera del comercio la porción de terreno que se ha alinderado en el punto cuarto de la parte resolutiva de esta sentencia.

"8º Los señores Basilio Arteaga y Mercedes C. de Arteaga quedan condenados a pagar a la señora Sacramento Cortés viuda de Ochoa la suma de cuatro mil trescientos siete pesos ochenta y un centavos oro, valor a que se refiere la escritura número 712, más los intereses corrientes de esa suma, desde le veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho hasta el día en que se verifique el pago.

"9º Los demandados quedan condenados a pagar las costas de este juicio."

Las partes todas apelaron.

El Tribunal Superior de Ibagué, por sentencia de treinta de octubre de mil novecientos veintinueve, revocó la de primera instancia, y decidió el pleito así:

"Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, y en su lugar dispone:

"No es el caso de hacer las declaraciones a que se refieren los puntos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º y 9º de la parte petitoria de la demanda principal.

"Se condena al señor Uldarico Arciniegas, en su calidad de Registrador de instrumentos públicos del Guamo, a pagar al demandante Gabriel Vega los perjuicios que a éste le hayan podido causar los actos y omisiones de aquel funcionario a los que se ha referido la demanda y el Tribunal en la parte motiva de este fallo. La cuantía de tales perjuicios se estimará en juicio separado.

"Se absuelve a los demandados de los demás cargos que se les hacen en la demanda pricipal.

"Demanda de reconveción.

"Se declara nula la diligencia de registro del embargo del terreno de **Macegal** y **Matarredonda,** embargo decretado por el Juez 1º del Circuito del Guamo, en auto del trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho.

"En consecuencia, se declara que es válido el registro que se hizo de la escritura número 712, de veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho, otorgada ante el Notario principal del Circuito del Guamo.

"No es el caso de hacer las demás declaraciones a que se refiere la demanda de reconvención.

"Sin costas."

La parte actora en el juicio principal interpuso casación, recurso que, a causa de un largo incidente sobre avalúo de la cuantía del juicio, no fue concedido sino hasta el catorce de mayo de mil novecientos treinta.

Se aduce la primera causal de casación con estos motivos:

Primer cargo:

Violación de los artículos 2658, 2663, 2664, 2665 y 2667 del Código Civil, y 39 de la Ley 57 de 1887, por errónea aplicación al caso del pleito y por violación directa.

Se refiere este cargo complejo a la parte de la sentencia en que el Tribunal declara que "como puede verse de la diligencia de inspección ocular y de otras piezas que obran en el expediente, en el auto de embargo no se expresaron los linderos del predio que el ejecutante denunció, y el Juez, al enviar para su registro el auto aludido, también omitió en el oficio correspondiente hacer referencia a tales linderos, que estaban expresados en el memorial que presentó el ejecutante al hacer el denuncio de bienes. El Registrador, en lugar de devolver por incompleto el oficio del Juez, sentó en sus libros la correspondiente partida, y consideró como válido el embargo, cuando se abstuvo de registrar algunas escrituras de ventas, relacionadas con los bienes denunciados por el actor. El registro en tales circunstancias es nulo; pues de acuerdo con disposiciones del Código Civil y del de Procedimiento, tratándose de un bien, cualquiera que sea la inscripción que deba hacerse en la Oficina de Registro, ese inmueble debe determinarse por sus linderos, a menos que por el título a que se refiere el registro se pueda determinar con precisión (artículos 2658, 2663, 2664, Código Civil, y 39, Ley 57 de 1887)."

Cierto es, arguye el recurrente, que el artículo 2658 del Código Civil ordena que todo título o documento que verse sobre bienes raíces y se presente al registro, debe consignar, entre otras cosas, los linderos de la finca; pero esa disposición no establece que la omisión de los linderos en la diligencia de registro implique nulidad de éste. El artículo 2664 del Código Civil establece que la omisión de alguna o algunas de las designaciones prevenidas en el artículo 2658, no produce la nulidad del registro, es decir, establece esa disposición todo lo contrario de lo que sostiene la sentencia, y es tan clara la disposición de ese artículo, que la Corte Suprema ha dicho:

"No es por sí motivo de nulidad del registro de un título el no haberse expresado en él los linderos de la finca materia del acto o contrato a que el título se refiere."

El Tribunal, por otra parte, hace una errada aplicación del artículo 2663 del Código Civil al caso del pleito, toda vez que esta disposición se refiere particularmente al registro de la hipoteca. Si el Tribunal hubiera leído con atención el artículo 2665 del mismo Código, habría tenido que llegar a la conclusión de que la omisión de los linderos sólo produce nulidad en el registro de la hipoteca o de la constitución de cualquiera otro gravamen o limitación del dominio sobre inmuebles, lo cual significa que en los demás casos la referida omisión de los linderos no causa nulidad. Las disposiciones legales que establecen esta sanción son de interpretación estricta.

Por otro aspecto, el recurrente acusa también la sentencia en el sentido de que no hablando las disposiciones del Código Civil, citadas por el Tribunal, del registro del embargo de fincas raíces, porque este requisito no vino a establecerse sino por la Ley 57 de 1887—artículo 38 y siguientes—era preciso que para este caso, no previsto antes, la misma Ley 57 hubiera impuesto la nulidad.

Es cierto que esta Ley, en su artículo 39, ordena que en el oficio sobre embargo enviado por el Juez al Registrador, se deben consignar los linderos de la finca embargada, para que con otras indicaciones allí mismo expresadas, se deje constancia de ello en la respectiva diligencia; pero ese artículo no establece que las omisiones al respecto produzcan la nulidad del acto. Deduce el recurrente la violación del artículo 39 de la Ley citada, ya directa, ya por errónea interpretación.

Se considera:

La primera de las acciones promovidas en este juicio versa sobre la nulidad de la cancelación total del embargo de la finca de **Macegal,** fracción de **Aguablanca,** ubicada en el Municipio del Espinal, decretado por el Juez 1º del Circuito del Guamo, en providencia de fecha trece de diciembre de mil novecientos diez y ocho, y comunicada al Registrador del mismo lugar en nota de esta misma fecha. Tiene por causa la nulidad demandada, en concepto del demandante; el haber excedido el Registrador sus funciones cuando verificó la cancelación total de ese embargo, no habiéndola ordenado el Juez en esta forma, sino tan sólo en una parte de la finca determinada por linderos especiales, con el agregado de que el embargo, que había de subsistir, se determinó por medio de linderos de la otra parte de la finca.

El demandado, a fuer de defensa, opuso, ya en la contestación de la demanda, ya en la acción de mutua petición, entre otros medios, el ataque, consistente en redargüir de nulidad absoluta el embargo que se deja mencionado, a causa de no haberse mencionado en la inscripción del embargo los linderos de la finca.

El Tribunal, en vez de amoldarse a los términos de la demanda principal y decidir si la cancelación total del embargo era nula por causa de exceso de facultades cometido por el Registrador, se dio a examinar y decidir como asunto principal la nulidad del embargo mismo sobre que versaba la cancelación, para deducir que "si el registro del embargo es nulo, no puede declararse nula la cancelación del mismo." Ha pasado por alto el recurrente este proceder, que no se aviene con las normas legales de procedimiento, que ordenan que la sentencia debe recaer sobre la respectiva acción, en los diversos aspectos de causa, personas y objeto. La causa de la demanda principal era el exceso de facultades de un funcionario. La sentencia vino a recaer propiamente sobre la demanda de reconvención.

Se hace este reparo, porque la Corte, al decidir el recurso, se halla constreñida a prescindir de la verdadera índole de la acción primera de la demanda principal.

Cuanto a la acusación del recurrente, que se deja transcrita, la Corte observa:

El artículo 2658 del Código Civil prescribe que los artículos o documentos que se presenten al registro han de contener, entre otras designaciones, los linderos de las fincas que son materia del acto o contrato sobre que versa el documento registrable. Este artículo es imperativo, y si bien está sancionado con la nulidad del registro, artículo 2664, ésta no es necesaria ni de aplicación ineludible, sino que la omisión que la origina ordinariamente puede subsanarse por ciertos medios, que son: o por los términos mismos de la inscripción, o por lo que resulte del título a que se refiere el registro. Estos medios subsidiarios, que pueden llenar al respecto las omisiones de la diligencia misma, demuestran que, como lo ha declarado la Corte en otras ocasiones, "el no haberse expresado en la diligencia de registro de una escritura los linderos de la finca, es informalidad que no constituye causal de nulidad de la diligencia, si de ésta misma y del título presentado se viene en conocimiento de lo que se echa de menos en aquélla, circunstancia ésta que hace

válida la diligencia." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo II, número 2118).

La doctrina así sentada, entraña siempre una cuestión de hecho, que consiste en averiguar si de la diligencia misma de inscripción y por lo que resulte del título a que ésta se refiere, se llega al conocimiento de la designación que se ha dejado de hacer, expresa y especialmente. Quiere esto decir que no se puede aducir el cargo de violación directa del artículo 2664 del Código Civil, como lo hace el recurrente, sin haberlo antecedido del motivo de error evidente de hecho o de derecho en la apreciación como pruebas de la inscripción del embargo y del documento sobre el cual ella versaba.

El Tribunal, en efecto, para no dar aplicación al expresado artículo, se basó en este fundamento de hecho:

"En el presente caso, en el auto de embargo, que pudiera ser el título a que se refiere el registro, no se determinó el bien embargado, ni por sus linderos, ni tampoco de otra manera precisa y clara. De la diligencia de registro no aparece el requisito cuya falta se anota."

Olvidada por el recurrente la acusación relativa al error en la apreciación de estas dos pruebas a que alude el Tribunal, el cargo de violación directa es inoportuno.

Este mismo reparo se hace respecto de las acusaciones por violación del artículo 2658 del mismo Código.

"Regirán en la República—dice el artículo 1º de la Ley 57 de 1887—noventa días después de la publicación de esta Ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes:

"El Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873....."

De suerte que la Ley 57 forma parte integrante del Código Civil, entre otras materias, en lo concerniente al registro, cuyas disposiciones no han de interpretarse o aplicarse aisladamente.

La violación del artículo 39 de la Ley 57 de 1887 es causa de nulidad, en armonía con lo dispuesto por el artículo 41 de la misma Ley, según el cual, "no se considerará embargada una finca raíz mientras no estuviere registrado el auto de embargo." Este artículo es armónico con el 2664 del Código Civil.

Los múltiples aspectos del cargo son, por consiguiente, infundados.

Segundo cargo:

En este motivo toma el recurrente la violación del artículo 2664 como indirecta, por causa de error evidente de hecho en la apreciación de la inscripción en la forma en que quedó, la cual daba conocimiento claramente de cuál era la finca embargada. Se refiere el cargo al pasaje de la sentencia en que el Tribunal declara en relación con hechos que halla demostrados:

"Considerando el Registrador aquellos bienes legalmente embargados, se abstuvo de registrar algunas escrituras públicas de venta, referentes a tales bienes."

Si el Registrador se abstuvo de registrar, arguye el recurrente, ¿sabía ó nó cuál era la finca embargada? Más concretamente con los datos que tenía, ¿pudo el Registrador venir en conocimiento de lo que echaba de menos en la inscripción? Fundado en esos hechos que menciona la sentencia, el Tribunal ha debido concluír que sí sabía cuál era la finca embargada, es decir, que sí se podía venir en conocimiento de lo que hacía falta en el registro, con lo cual había tenido que dar una recta aplicación al artículo 2664.

Se observa:

El Tribunal condena por errónea la creencia que tuvo el Registrador, acerca de la validez de la inscripción y el procedimiento de no registrar algunas escrituras de venta referentes al dicho inmueble, como puede verse en el siguiente pasaje:

"El Registrador, en vez de devolver por incompleto el oficio del Juez, sentó en sus libros la correspondiente partida y **consideró** como válido el embargo, cuando se abstuvo de registrar algunas escrituras relacionadas con los bienes denunciados por el actor."

El cargo para que fuera eficaz ha debido combatir estas tres afirmaciones del Tribunal, que son los fundamentos de su sentencia:

a) Que del registro mismo no consta la enunciación de los linderos.

b) Que en el presente caso el título a que se refiere el artículo 2664, era el auto de embargo relacionado con el oficio al Registrador, y ningún otro acto verificado en el respectivo juicio ejecutivo; y

c) Que conexionados estos dos documentos entre sí y con los que les sirvieron de antecedentes, todos los cuales eran elementos del título de embargo, no se llegaba al conocimiento de los linderos del terreno embargado.

El cargo es ineficaz.

Tercer cargo:

Lo aduce el recurrente como subsidiario del anterior, y consiste en la acusación de la sentencia por error evidente de estos documentos:

a) Certificado del Registrador, en que se niega a registrar una escritura por estar la finca embargada.

b) Oficio del Registrador, en que se niega a registrar una escritura.

c) Copia de la diligencia de inventarios en la sucesión de Pedro Ochoa, en la cual aparece que la escritura número 712 de mil novecientos diez y ocho no se había podido registrar por estar embargada la finca.

Desarrolla el recurrente este motivo así:

El error del Tribunal, que es evidente, consiste en no haberse dado cuenta de esas pruebas, con las cuales se demuestra que tanto el Registrador como terceros sabían qué finca estaba embargada, a pesar de haberse omitido los linderos en el registro del embargo, es decir, que a pesar de esa omisión, no sólo el Registrador, sino también otras personas, pudieron venir en conocimiento de lo que en el registro hacía falta, hecho éste que ha debido servir de base al Tribunal para una correcta aplicación del artículo 2664 del Código Civil. Deduce el recurrente la violación del artículo 681 del Código Judicial por falta de aplicación; del artículo 2664 citado, por mala aplicación.

Se considera:

El artículo 2664 del Código Civil permite que la falta de señalamiento expreso de linderos en la diligencia de inscripción, pueda suplirse con este medio exclusivamente: que por ciertos datos de que haya constancia en la diligencia y otros que contenga el título correspondiente, pueda conocerse la delimitación de la finca.

Aquella disposición no toma como fuente de conocimiento otros documentos que no sean los dos antedichos, exclusivamente, ni menos autoriza que la nulidad del registro ocasionada por falta de las enunciaciones que ordena respecto de embargos judiciales el artículo 39 de la Ley 57 de 1887, pueda sanearse con el hecho de que

funcionarios o individuos terceros hayan tenido la creencia de que el embargo de una finca ha existido.

El cargo es baldío.

Cuarto cargo:

Violación de los artículos 6º, 1521, 1740, 1741 del Código Civil, y 43 de la Ley 57 de 1887. Esta acusación versa sobre el fallo que recayó en sentido negativo a las acciones 4ª, 5ª y 6ª de la demanda principal. El Tribunal decidió esos capítulos basado en el antecedente de que el registro del embargo de la finca es nulo.

Se considera:

Como se expresó en el amplio análisis que se hizo de los anteriores motivos de casación, el embargo es nulo y válido el registro de la escritura de venta. Por consiguiente, el Tribunal procedió con acierto, al negar las peticiones marcadas con los ordinales 4º, 5º y 6º de la demanda principal, y no violó las disposiciones citadas por el recurrente.

Quinto cargo:

El Tribunal violó los artículos 6º, 1740, 1741, 1521 del Código Civil, y 43 de la Ley 57 de 1887, disposiciones que el Tribunal dejó de aplicar al caso del pleito, siendo aplicables. Si el Tribunal las hubiera aplicado correctamente, hubiera tenido que hacer las declaraciones que sobre nulidad del registro de la escritura 712 y sobre nulidad de la enajenación se solicitaron en la parte petitoria de la demanda.

El recurrente cita en apoyo de este motivo el siguiente pasaje de la sentencia del Tribunal:

"El Registrador estaba obligado a registrar ese embargo parcial, considerándolo no como continuación de un embargo anterior, sino como uno diferente, en el cual sí se llenaban todos los requisitos legales. Pero no sólo no lo hizo, sino que de oficio, sin que a él le correspondiera, canceló un registro que consideraba nulo, desobedeciendo la orden del Juez, que dispuso el embargo parcial de los bienes y el registro en la oficina correspondiente. Al Registrador, como funcionario que es, le son imputables sus actos y omisiones cuando con ellos causa perjuicios a terceros."

Se considera:

Cuando se registró la escritura número 712, de veintidós de diciembre de mil novecientos diez y ocho, ya estaba cancelado el registro de embargo, de modo que éste legalmente no existía. Tal cancelación era entonces un hecho cumplido.

Apoyado el Tribunal en las razones consignadas en el pasaje transcrito, ordenó al Registrador a pagar los perjuicios causados.

No son, por ende, aplicables las disposiciones citadas por el recurrente, y el cargo es infundado.

Sexto cargo:

"Por este aspecto—dice el recurrente—acuso también la sentencia por error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, consistentes en los certificados del Registrador, que se hallan en los cuadernos de pruebas de la parte demandante, certificados de los cuales aparece que, cuando se registró la escritura 712, ya estaba en poder del Registrador la orden judicial de embargo, de ocho de febrero de mil novecientos veintitrés. El error consiste en no haberse dado cuenta el Tribunal de esas pruebas; si las hubiera visto, hubiera tenido que llegar a la conclusión de que el inmueble sí estaba embargado cuando se registró la escritura 712 de mil novecientos veintitrés."

Se considera:

Este cargo es una derivación del cargo anterior, y se funda en el pasaje transcrito de la sentencia del Tribunal.

Las disposiciones que regulan el registro son de interés público. La Oficina de Registro indica en un momento cualquiera el propietario y poseedor de un inmueble, así como las limitaciones, gravámenes y embargos que se le hayan impuesto.

Se repite que hay plena prueba en el juicio acerca de que cuando se registró la escritura número 712 no existía la inscripción del embargo del inmueble enajenado.

El Tribunal no incurrió en error evidente, y el cargo es infundado.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué, el treinta de octubre de mil novecientos veintinueve.

2º Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Dídimo Reyes demandó a Julio Posada para que se declarara:

"Primero. Que es del dominio pleno y exclusivo del señor don Dídimo Reyes, también mayor de edad y vecino de este Municipio de Cali, una casa construída de paredes de adobe y cubierta con tejas de barro, con su correspondiente terreno y solar, inmueble ubicado en el barrio de Santa Librada, de esta ciudad, en la carrera cuarta, casa y terreno que están comprendidos bajo los siguientes linderos: por el Norte, carrera cuarta al medio, con casa de los herederos del señor don José María Sierra S.; por el Sur, con predio que fue del señor don J. Emiliano Otero y que hoy pertenece al señor don Francisco L. Lotero, y con propiedad de los herederos del señor don Manuel Carvajal Valencia; por el Oriente, con casa y solar que fue del señor don Juan Nepomuceno Velasco, hoy del señor Carlos Velasco R., en parte, y en parte, con casa y solar de los herederos del señor don Adolfo Castro; y por el Occidente, con casa y solar que fue de las señoras Filomena y María de Jesús Garcés y que hoy pertenece a los señores don Pedro Plata y doctor Emilio Sardi G. y con solar perteneciente a los herederos de don Manuel Carvajal Valencia.

"Segundo. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado señor don Julio Posada a entregar a mi poderdante señor don Dídimo Reyes, dentro del término que señala o indica el artículo 870 del Código Judicial, la mencionada casa construída sobre paredes de adobe, con su correspondiente terreno

y solar, y por los linderos que quedan expresados y determinados en el punto anterior, e incluyendo en la entrega todas las anexidades, usos, dependencias y en general todo aquello que según el artículo 658 del Código Civil se reputan inmuebles.

"Tercero. Que se condene al demandado señor don Julio Posada a restituir a mi mandante señor don Dídimo Reyes, los frutos naturales y civiles de la casa que es materia de esta demanda, y no solamente los que hubiere percibido sino también aquellos que mi representado hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la mencionada casa en su poder.

"Para el caso de que no prosperara la anterior demanda, el actor pidió al Juez resolviera que Dídimo Reyes "es dueño de todas las mejoras que se reservó el señor Ignacio Madriñán, según la escritura pública 234 de 15 de noviembre de 1905, otorgada ante el Notario segundo del Circuito de Palmira, mejoras útiles y necesarias que radican en la casa cuya ubicación y linderos quedan expresados, lo mismo que las demás mejoras útiles y necesarias que con posterioridad fueron hechas a la misma casa, a partir de la fecha en que adquirió el dominio de ese inmueble mi poderdante señor don Dídimo Reyes, hasta la fecha cuando éste fue despojado de la referida casa; y que, consecuencialmente se condene al señor don Julio Posada a pagar o indemnizar a mi comitente, el valor íntegro de tales mejoras, sea que el precio de ellas se compruebe en este juicio, o en otro distinto al cual remita a las partes la sentencia definitiva."

El apoderado de Posada demandó en reconvención a Reyes para que se decretara:

"Primero. Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa, celebrado entre Ignacio Madriñán como vendedor y Dídimo Reyes como comprador, de la casa con su correspondiente terreno, comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Norte, calle al medio, con casa del señor José María Sierra S.; por el Sur, con predio de Emiliano Otero y de los herederos de Manuel Carvajal Valencia; por el Oriente, con casas y solares de Juan Nepomuceno Velasco y Adolfo Castro; y por el Occidente, con casa y solar de Filomena y María Jesús Garcés, y casa y solar de los herederos de Manuel Carvajal Valencia. La casa está ubicada en esta ciudad, barrio de Santa Librada, carrera cuarta.

"Segundo. Que como consecuencia de la anterior declaración, la escritura contentiva del anterior contrato, que lo es la número 720, de 24 de septiembre de 1912, pasada ante el Notario primero de este Circuito, debe cancelarse e igualmente cancelarse el registro de dicha escritura.

"Tercero. Que el señor Dídimo Reyes está obligado a pagarle al contrademandante señor Emilio Madriñán P. los frutos naturales y civiles de la casa determinada en la primera petición, y que hubiera producido o podido producir, con mediana inteligencia y cuidado, desde el 24 de septiembre de 1912 hasta el 30 de octubre de 1919, fecha en que el Poder Judicial la entregó a su dueño señor Madriñán P. El valor de los frutos se determinará por peritos.

"Cuarto. Que al contrademandado señor Dídimo Reyes se le condene a pagar las costas del juicio."

El Juez absolvió a ambas partes, pero el Tribunal de Cali reformó el fallo de instancia y decidió:

"a) Reconócese a Dídimo Reyes el carácter de dueño exclusivo del inmueble que en el punto primero de la parte petitoria de la demanda se determina así: 'una casa construída de paredes de adobe y cubierta con tejas de barro, con su correspondiente terreno y solar, inmueble ubicado en el barrio de Santa Librada, de esta ciudad, en la carrera cuarta, casa y terreno que están comprendidos bajo los siguientes linderos: por el Norte, carrera cuarta al medio, con casa de los herederos del señor don José María Sierra S.; por el Sur, con predio que fue del señor don J. Emiliano Otero y que hoy pertenece al señor don Francisco L. Lotero y con propiedad de los herederos del señor don Manuel Carvajal Valencia; por el Oriente, con casa y solar que fue del señor don Juan Nepomuceno Velasco, hoy del señor Carlos Velasco R.; en parte, y en parte, con casa y solar de los herederos del señor don Adolfo Castro; y por el Occidente, con casa y solar que fue de las señoras Filomena y María de Jesús Garcés y que hoy pertenece a los señores don Pedro Plata y doctor Emilio Sardi G., y con solar perteneciente a los herederos de don Manuel Carvajal y Valencia.'

"b) Julio Posada entregará la susodicha casa a Dídimo Reyes, dentro del término fijado por el artículo 870 del Código Judicial, o, dentro del mismo término, le pagará el precio del mencionado inmueble, que se fijará separadamente, por medio de peritos.

"c) Absuélvese a ambas partes de las costas de primera instancia.

"Queda reformado en estos términos el fallo materia de la apelación.

"Sin costas en esta instancia."

Posada interpuso recurso de casación que se admite y estudia.

Invoca en primer término la segunda causal por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones aducidas por las partes, y la funda en varios motivos que se estudiarán por su orden.

Primer motivo. El demandante propuso la acción principal de dominio y la subsidiaria del pago de unas mejoras. Ninguna comprendió el pago del precio de la casa y sin embargo el Tribunal condenó a Posada a esa prestación no solicitada en la demanda.

Ello es evidente, pero para condenar el fallador a esa prestación, invocó el artículo 279 del Código Judicial vigente al tiempo del fallo, basado en que Posada al contestar la demanda afirmó, al replicar al hecho 6º, que no solamente era actual poseedor, sino legítimo dueño.

La sanción impuesta por el artículo 279 del Código Judicial, es una consecuencia de la acción reivindicatoria, que no hay necesidad de hacer valer en la demanda, como no hay necesidad de hacer valer las demás prestaciones que debe el poseedor vencido en juicio reivindicatorio, tales como frutos, intereses, etc., etc. Es muy razonable que el demandado responda por el valor de la cosa reivindicada, cuando al contestar la demanda acepta el hecho de que él es el poseedor, pues sería burlar las resultas del juicio de reivindicación, que el que se confesó poseedor al contestar la demanda, quedará exento de toda responsabilidad cuando la cosa se hallare en manos de terceros.

Conviene advertir que en la sentencia que cita el recurrente en el juicio ordinario entre Marroquín y Pérez,

no se sentó la doctrina de que hay que instaurar un nuevo juicio para hacer valer el derecho que consagra el artículo 279. Allí lo que se dijo fue en relación con este artículo, "ahora bien, conociendo como conocía ese título el actor, que demuestra el dominio de una sociedad conyugal, hubo error de derecho al demandar a la sucesión ilíquida de Jenaro Rodríguez que no era poseedora de la cosa que se reivindica, error que constituye presunción de mala fe, como lo dispone el artículo 768 del Código Civil."

El segundo motivo en que se apoya la segunda causal, está virtualmente incluído en el primero, pues allí se vuelve a sostener que el sentenciador falló fuera de la litis contestación al condenar a Posada al pago del valor de la casa. No prospera esta segunda causal.

Como primera causal invoca el recurrente la violación del artículo 279 del Código Judicial, por varios motivos, a saber:

1º Esa disposición fue indebidamente aplicada al caso del pleito, porque la demanda versó sobre la acción reivindicatoria apoyada en hechos anteriores a la demanda y el artículo infringido no tuvo ninguna relación en dicha acción.

Se observa: ya se ha dicho que ese artículo impone una sanción para quien sea demandado como poseedor de una cosa sin serlo y acepta en ese carácter la demanda, sin ser así, para evitar que sea frustránea la acción intentada, y también se ha asentado que ese artículo no es extraño a la acción reivindicatoria, sino, por el contrario, una necesaria consecuencia de ella, un accesorio al cual puede el Juez condenar, cuando se demuestre en autos que el demandado aceptó, al contestar la demanda, la condición de poseedor sin serlo, y que el demandante no obró de mala fe al demandar así, cosa que no se ha probado, ni siquiera alegado al presente.

El segundo motivo está concebido así:

"Tratándose del dominio de inmuebles y de las controversias a que dé lugar, no tiene aplicación el artículo 279 del Código Judicial. ¿Por qué? Por dos razones: la una, porque el régimen de la propiedad mueble es muy distinto del régimen de la propiedad inmueble. Todo lo concerniente a esta última, es público, ya que para hacerlo así se creó el registro, como lo enseña el artículo 1637 del Código Civil. La otra, porque las relaciones jurídicas de este linaje y los efectos civiles de ellas, están regulados por el Código Civil, principalmente por los artículos 953, 954, 955, 956 y 957, disposiciones de preferente aplicación, como lo manda el artículo 5º de la Ley 57 de 1887. El artículo 279 del Código Judicial introduce una ilegítima alteración al régimen adoptado por el Código Civil.

"Siendo la presente una controversia sobre bienes inmuebles, no teniendo aplicación el artículo 279 del Código Judicial, y habiéndolo aplicado el Tribunal, es evidente que lo violó."

Se replica: el artículo 279 se refiere tanto a los muebles como a los inmuebles, pues ambas especies de bienes están sujetas a la acción reivindicatoria y la palabra cosa allí empleada no se refiere exclusivamente a los bienes muebles, porque ella dice relación tanto a los bienes muebles y raíces, como lo dispone el artículo 654 del Código Civil.

También se considera violada esa disposición (279), por no aparecer comprobados los requisitos que ella exige para su aplicación, así:

a) Porque el actor fundó la demanda en que el demandado era poseedor actual y el demandado aceptó el hecho, luego había que condenarlo en ese carácter de poseedor, y no en el de no poseedor, como lo hizo el Tribunal, porque la litis contestación así quedó circunscrita.

Se advierte: si la tesis del recurrente prosperara, no podría aplicarse la disposición del artículo 279 en ningún caso, porque ella supone que el demandado haya aceptado que la cosa está en su poder, quedando por ende la litis contestación limitada a ese estado o calidad jurídica, es decir, tendría que considerarse siempre como poseedor, apareciendo demostrado que el demandado no posee la cosa, pero que sí aceptó esa calificación de poseedor.

Dícese en segundo lugar que el demandante no comprobó su derecho de dominio porque en la cadena de sus títulos hay solución de continuidad por haberse anulado el contrato celebrado entre Emilio e Ignacio Madriñán, causante éste del demandante. Ese reparo se hace para demostrar la violación del artículo 279 por no reunir el requisito aquí señalado por el recurrente.

Párese la atención que si el demandante no demostró su dominio y a pesar de ello el Tribunal se lo reconoció, lo que se habría violado serían las disposiciones sobre propiedad y reivindicación a consecuencia de la mala apreciación de las pruebas de ese hecho y por ese aspecto no se tacha el fallo.

El tercer reparo dice así:

"El Tribunal niega al demandado su calidad de poseedor por haber vendido a Pinzón & Cª la casa mediante la escritura pública número 232 de 23 de febrero de 1923. Si se trata de la posesión inscrita, es claro que siendo público el dominio de los inmuebles y pública la posesión inscrita, la ignorancia del actor procede de su negligencia por haber debido consultar antes el registro, de donde se sigue la presunción de que obró a sabiendas de que el demandado no era poseedor inscrito."

Parece que el actor quiere decir que el demandante procedió de mala fe al demandar a Posada como poseedor de la casa, siendo así que ella había sido vendida a Pinzón & Cª, y que el registro de esos instrumentos es público y allí debe consultarse la evolución o mutación de la propiedad.

Se replica: la buena fe se presume y la mala fe requiere demostración. Erale indispensable, pues, al recurrente demostrar esa mala fe, y para ello no le basta decir que la Oficina de Registro es pública y que en ella ha debido el actor informarse de quién era el poseedor.

Además, no solamente se puede reinvindicar contra el poseedor inscrito sino contra el que posee materialmente, hecho este que no consta en la oficina de registro.

Considéranse quebrantados los artículos 946, 950 y 952 del Código Civil, por cuanto el Tribunal no los aplicó al caso del pleito. Es de notarse que estas disposiciones que reglamentan la acción reivindicatoria fueron las aplicadas, puesto que el sentenciador reconoció a Dídimo Reyes como dueño exclusivo de la casa y condenó a Posada a responder por el valor del inmueble, por cuanto en la contestación de la demanda aceptó el carácter de poseedor sin serlo.

Se tacha el fallo por violación del artículo 846 del Código Judicial y se funda así el cargo:

"El Tribunal aceptó que la sentencia del Tribunal de Cali había declarado nula la venta que hizo el señor Emilio Madriñán al señor Ignacio Madriñán, según la escritura número 264 de 30 de agosto de 1912, y no obstante haber sido este último el inmediato tradente del señor Dídimo Reyes, desconoció los efectos de la sentencia fundándose en el artículo 846 del Código Judicial. De ese modo violó el Tribunal, junto con el citado, los artículos 752, 789, 1781 del Código Civil y 831 del Código Judicial.

"No era aplicable el artículo 846, porque a los títulos del actor opuso el demandado sus propios títulos que se remontan con los de aquél a un tronco común, a una misma fuente, siendo preciso determinar cuáles priman sobre los demás. Por otra parte, el antecesor en el dominio del demandante, no puede ser tercero respecto de éste, y la sentencia que decretó la nulidad sí lo perjudica.

"En frente del señor Julio Posada que invocó su dominio sobre la cosa demandada, debía el Tribunal averiguar o examinar si el tradente del señor Dídimo Reyes fue o no fue verdadero dueño de la casa, si la posesión inscrita de aquél tradente había cesado por la cancelación de la inscripción, si considerada como venta de cosa ajena la que hizo el señor Ignacio Madriñán al demandante perjudicaba o nó los derechos del verdadero dueño de la cosa vendida, y si la sentencia sobre la nulidad de la escritura número 264 generó los efectos de la cosa juzgada, cuestiones estas cuatro que demandan imperiosamente la aplicación de los citados artículos, sin que el Tribunal los tuviera en cuenta al fallar. Aplicando cualquiera de ellos, se imponía la absolución del demandado, y por lo tanto fueron indirectamente violados."

El sentenciador hizo lo que anota el recurrente. Comparó los títulos de las partes y de esa comparación dedujo que eran de mejor calidad los del demandante, porque si bien fue cierto que el contrato celebrado entre Emilio e Ignacio Madriñán, causante éste de Dídimo Reyes, fue declarado nulo, cierto es también que esa sentencia sobre nulidad no le puede perjudicar a Reyes, que no fue parte en ese juicio, ya que compró la cosa mucho antes de iniciarse la demanda de nulidad del contrato ameritado.

Para que el cargo prosperara, tenía que demostrar el recurrente que en el artículo 846 del Código Judicial estaba comprendida la persona que comprará el bien disputado antes de iniciarse la demanda de nulidad del contrato de venta de ese bien, y eso no lo ha demostrado el recurrente.

Acúsase el fallo igualmente por errores de hecho y de derecho.

Se hace consistir el primero en que el sentenciador alteró la relación jurídica establecida en la litis contestación, al negarle a Posada su calidad de poseedor y condenarlo a restituir el valor de la cosa.

Ya se ha dicho que es un accesorio de la acción reivindicatoria o una consecuencia de ella, el condenar al demandado que se dice poseedor de la cosa sin serlo, a pagar el precio de ella, sin que ello implique alteración de la litis contestación, ya que ese derecho lo otorga al Juez el artículo 279 del Código Judicial.

El segundo motivo consiste en que el sentenciador se basó en la escritura número 282 de veintitrés de febrero de mil novecientos veintitrés, por la cual Posada le vendió la casa a Pinzón & C°, siendo así que esa escritura puede demostrar una posesión inscrita pero no una posesión material, o mejor, no prueba la falta de posesión material en Posada.

El cargo no tiene valor alguno porque el fallo condenó a Posada a entregar la casa, o el dinero, de manera que el Tribunal condenó alternativamente, y en ello no puede incurrir en error de hecho ni de derecho.

El tercer reparo está concebido así:

"Estimó válida el Tribunal la tradición del dominio hecha por el señor Ignacio Madriñán al señor Dídimo Reyes, mediante la escritura número 720, de 24 de septiembre de 1912, y reconoció a éste dueño exclusivo de la casa.

"Aquella estimación y aquel reconocimiento se basaron: 1°, en haberle negado su valor jurídico a la sentencia de fecha 23 de agosto de 1918, en que el Tribunal de Cali declaró nulo el contrato de compraventa entre Emilio Madriñán e Ignacio Madriñán, inmediato antecesor del demandante en el dominio de la casa; y 2°, en haberle desconocido su valor jurídico a las escrituras números 234, de 15 de noviembre de 1905; 184, de 10 de febrero de 1920, y 649, de 6 de octubre de 1921, relacionadas con el dominio que han ejercido sobre la casa el demandado y sus antecesores señores Martiniano Jaramillo y Emilio Madriñán.

"La apreciación de la sentencia es errónea, con error de derecho, porque habiendo roto la cadena del dominio legítimo en el señor Ignacio Madriñán, inmediato antecesor del demandante, a virtud de la declaración del vicio de nulidad y de la cancelación del registro, quedó deficiente e imperfecto el título del actor, en frente de los demandados que exhibieron títulos sanos. A virtud de la sentencia, el señor Ignacio Madriñán es un poseedor vencido, y su posesión y derechos dejaron de existir, y no pueden ser invocados por el demandante contra los actuales dueños y poseedores legítimos."

Se observa: no le negó el Tribunal valor jurídico a la sentencia de que se hace mérito, sino que conceptuó que esa sentencia no perjudicaba a Reyes por no hallarse comprendido en ninguno de los casos señalados por el artículo 846 del Código Judicial, y ya se ha visto que ese artículo fue bien aplicado, y cabe decir lo mismo de las escrituras que se consideraron mal apreciadas, porque si la sentencia no le perjudicaba a Reyes, la escritura otorgada por Ignacio Madriñán a Reyes, es válida y válidas por ende las demás escrituras citadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veintiséis de marzo de mil novecientos treinta y uno.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

El General Juan Barrientos falleció en Angostura (Departamento de Antioquia), el 22 de septiembre de 1888, dejando testamento cerrado, que otorgó en dicho lugar el 20 de agosto del mismo año y el que, previas las diligencias de apertura y publicación, se protocolizó en la Notaría del Circuito de Santa Rosa el 9 de octubre siguiente al mes del fallecimiento. En la cláusula 4ª de ese testamento legó el testador a la señora Virginia Giraldo, esposa de Pedro Mejía Madrigal, entre otros bienes, un lote de terreno que comprende el denominado **El Toche**, y parte del **Corazón**, lote que describió en debida forma; y, al final de esa cláusula, dijo:

"Todos los bienes a que se refiere este legado deberán ser manejados sin la intervención del marido de la legataria. Si ella faltare antes o después que yo, deberán pertenecer exclusivamente y con todos sus frutos, a los hijos de ella, y si alguno de ellos faltare, su cuota correspondiente acrecerá la porción de los que sobrevivan."

Liquidada esa sucesión, a la expresada legataria le fueron adjudicados los referidos bienes de que habla la cláusula 4ª del testamento, los cuales, más tarde fueron hipotecados por los esposos Pedro Celestino Mejía Madrigal y Virginia Giraldo, y acabaron por ser embargados y luégo rematados por los acreedores hipotecarios Juan Crisóstomo Restrepo y Francisco Mora C., en vida de la legataria señora Giraldo de Mejía.

Muerta esta señora, sus hijos Pedro José, Baltasar, Jesús María, Germán, María Josefa, Evangelina y Julia Mejía, casadas estas dos últimas con Luciano Henao y Luis Felipe Monsalve, respectivamente, confirieron poder al doctor Vicente Toro C., quien a nombre de ellos, por escrito de 11 de agosto de 1920, dijo al Juez 1º del Circuito de Yarumal: "demando ante usted, en juicio ordinario, a los señores Juan C. Restrepo y Francisco Mora C., colombianos, mayores de edad y domiciliados en el Municipio de Angostura, de donde son naturales, para que con su citación y audiencia, se hagan por su Juzgado en la sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"a) Que dentro del plazo de seis días deben restituír a los demandantes a quienes represento, como fideicomisarios, el inmueble que forma el terreno denominado **El Toche**, inmueble ubicado en el Distrito de Angostura, en la banda izquierda del río Pajarito, consistente en tierras con casa de habitación, prados, rastrojos, montes y demás mejoras y anexidades, y comprendido por los linderos que se expresan en el número 3º de la parte expositiva de este libelo, a los cuales me remito para no repetir la copia de ellos en esta exposición.

"b) Que como poseedores de mala fe desde que incurrieron en mora, esto es, desde el día de la muerte de la fiduciaria, señora Virginia Giraldo de Mejía, deben restituír a mis mandantes todos los frutos naturales y civiles, correspondientes a todo el tiempo de la mora, de la finca que fue materia del fideicomiso, según esta demanda, y no solamente los percibidos sino los que hubieran podido percibir mis representados, con mediana inteligencia y actividad, teniendo éstos la cosa en su poder. Que si no existen los frutos deben pagar conforme estimación pericial que se haga en este juicio, o en otro distinto, el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción, y

"c) Que deben pagar las costas del juicio, si se siguiere."

Se expresa en seguida la causa o razón porque se intenta la demanda y las disposiciones legales en que se apoya.

Los demandados contestaron la demanda manifestando que se oponen a que se hagan las declaraciones en ella solicitadas, y a la vez propusieron las excepciones perentorias de petición de un modo indebido y de prescripción.

En primera instancia el Juzgado falló así:

"a) Declárase que los demandados señores Juan C. Restrepo y Francisco Mora C., deben restituír, 'dentro del plazo de seis días,' a los demandantes señores 'Pedro José, Baltasar, Jesús María, Germán, María Josefa, Julia y Evangelina Mejía'—casadas las dos últimas con los señores Luis Felipe Monsalve y Luciano Henao, respectivamente,—el inmueble que forma el terreno denominado **El Toche**, inmueble ubicado en el Distrito de Angostura, en la banda izquierda del río Pajarito, consistente en tierras, con casa de habitación, prados, rastrojos, montes y demás anexidades, y comprendido por los linderos que se expresan en el número 3º de la parte expositiva de la demanda de que procede este juicio; y

"b) Los demandados, considerados como poseedores de buena fe, deben restituír a los demandantes los frutos naturales y civiles del inmueble de que se habla en el aparte anterior, percibidos desde la contestación de la demanda, y no solamente los percibidos, sino los que los demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberán el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción.

"Los demandados tienen derecho a obtener los abonos que les correspondan como poseedores de buena fe, en razón de las mejoras que hicieron en el inmueble referido.

"La cuantía de los frutos y de los abonos será fijada en otro juicio.

"Declárase no probadas las excepciones perentorias de un modo indebido y de prescripción propuestas por los demandados.

"No se hace condenación en costas."

Ambas partes apelaron y la causa subió al Tribunal Superior de Medellín, el cual, en sentencia de 1º de abril de 1930, dijo:

"Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se confirma la sentencia apelada. No se condena en costas porque ambas partes fueron apelantes."

La parte demandada interpuso y fundó ante el Tribunal el recurso de casación, que le fue concedido y que la Corte admite por reunir las condiciones legales.

En el alegato presentado ante el Tribunal, se acusa la sentencia por errónea interpretación de la cláusula 4ª del testamento del General Barrientos, y por violación directa de ley sustantiva, lo que implica alegación de la causal primera de casación. Ante la Corte, el apoderado de la misma parte recurrente invoca esa misma causal, aduciendo nuevos motivos, y alega, además, la causal 2ª, establecida en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

La causal segunda de casación consiste en "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya porque se resuelva sobre puntos que no han sido objeto de la controversia, o se deje de resolver sobre algunos de los que han sido, se condene a más de lo pedido o no se falle sobre algunas de las excepciones perentorias alegadas, si fuere el caso de hacerlo." En el presente caso, dice el recurrente, esa causal existe en dos conceptos: "primero, por haberse dictado una sentencia de reivindicación, cuando no había lugar a ella, ni se había propuesto expresamente, lo que implica haber resuelto puntos que no fueron materia de la controversia; y segundo, por no haber fallado acerca de la excepción perentoria de petición de un modo indebido."

Para demostrar lo primero, dice:

"Las demandantes invocaron en su demanda, como fundamento de derecho, entre otras disposiciones, las de los artículos 793, 794 y 822 del Código Civil, que tratan de la restitución de la propiedad fiduciaria. En cuanto a las disposiciones sobre reivindicación, no citaron las que dan esa acción, sino solamente las que tratan de las prestaciones mutuas."

Después de razonar sobre varios hechos en el sentido de su tesis, concluye así: "la sentencia recurrida dictó un fallo de reivindicación sin haberlo pedido los demandantes y violó por aplicación indebida al caso del pleito los artículos 793, 794 y 822 del Código Civil, porque no se estaba en el caso contemplado por ellos; y también violó los artículos 946, 947, 950 y 952 del mismo Código, por aplicación indebida, de modo tácito, sin que los demandantes los hubieran invocado y por consiguiente sin que su materia hubiera sido objeto de la controversia; además, resultan violados, por aplicación indebida, el citado 810 del Código Civil; y directamente, el artículo 835 del Código Judicial, que tiene carácter de sustantivo."

A esto observa la parte opositora: "que si los demandantes no hubieran promovido la acción reivindicatoria sino otra, y si el Tribunal, sin embargo, hubiese entendido la demanda en el sentido de que lo demandado era reivindicación, la causal de casación alegable sería la primera de las señaladas en la ley de la materia, no la segunda."

La Corte acoge tal reparo del opositor, que está en consonancia con lo dicho por ella en casación de 7 de diciembre de 1923. Se dijo allí lo siguiente: "si el motivo porque se acusa la sentencia en casación se relaciona con las interpretaciones de la demanda y de varias piezas del proceso, la casación procedería por la primera causal, y no por la segunda," (**Gaceta Judicial, XXX**, 236, 2ª), y ya había dicho en casación de 21 de julio de 1922 que "la interpretación de una demanda es cuestión de hecho de la privativa competencia del Tribunal." (**Gaceta Judicial, XXX**, 246, 3ª).

En cuanto al segundo concepto, basta su enunciación para declarar lo infundado, y además, cabe la observación de que en la sentencia recurrida "se confirma la sentencia apelada," que contiene esta declaración: "decláranse no probadas las excepciones perentorias de petición de un modo indebido y de prescripción propuestas por los demandados."

Primera causal.

El mismo apoderado ante la Corte formula al final de su alegato la siguiente acusación que la Corte procede a examinar, prescindiendo de las que le preceden, por hallarla justificada, según lo establecido en el artículo 11, Ley 90 de 1920:

"Dice la sentencia: 'sobre los hechos fundamentales del libelo se encuentra en los autos la prueba adecuada.'

"Esto equivale a decir que los demandantes cumplieron con la obligación que la ley les impone de probar los hechos en que fundan su acción, y que para cada hecho adujeron la prueba que la ley exige.

"A tres pueden reducirse los hechos fundamentales de la demanda, para que pudiera favorecer el juicio a los demandantes:

"1º La existencia en el testamento del General Juan Bautista Barrientos, de la cláusula en que se deja el legado cuyo tenor se ha estimado por los demandantes como la institución de un fideicomiso.

"2º La calidad que tengan los demandantes de hijos legítimos de la señora Virginia Giraldo de Mejía; y

"3º La muerte de ésta.

"Pues bien: respecto del segundo punto, no existe en los autos prueba alguna.

"Y tratándose de la del estado civil de las personas, hay que establecerla con las actas del registro de dicho estado, conforme al artículo 347 del Código Civil; o con las certificaciones que, con las formalidades legales, expidan los párrocos, respecto de individuos nacidos en el seno de la Iglesia Católica, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 57 de 1887.

"Esa sería la prueba adecuada.

"Por ello alego que en cuanto a la apreciación de esta determinada prueba, el Tribunal incurrió en error de hecho y en error de derecho.

"En error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos, porque da por probado un hecho sustancial en el pleito, el eje de la acción, sin que exista sobre él prueba de ninguna clase.

"Dice la Corte, en sentencia de casación, de 16 de febrero de 1920, tomo XXVII, página 388, que hay error evidente en la apreciación de las pruebas cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas invocadas en apoyo de ellos.

"Y en error de derecho, porque encuentra adecuada la prueba del estado civil de las personas, la calidad de hijos legítimos, sin que se hayan traído a los autos las actas de nacimiento, tomadas del registro respectivo o las partidas de bautismo.

"Ha sido doctrina invariable de la Corte y de los Tribunales de Colombia que el estado civil no puede establecerse ni aun por confesión de las partes, sino que es necesario aducir las pruebas a que he hecho referencia.

"Por consiguiente, la sentencia viola, sin nombrarlas, pero necesariamente comprendidas en la frase de que, 'sobre los hechos fundamentales del libelo se encuentra en los autos la prueba adecuada,' viola, repito, las disposiciones de los artículos 347, 350, 351 y 1757 del Código Civil; el 22 de la Ley 57 de 1887 y los 542 y 543 del Código Judicial, que tienen carácter sustantivo. La violación es directa, porque, sin esas pruebas, era imposible fallar en favor de los demandantes."

La parte opositora impugna este cargo diciendo que "la circunstancia de ser éste un medio nuevo hace inadmisible tal acusación," y agrega:

"Ni siquiera ocurre a quien así ataca el fallo, alegar que la teoría de los medios nuevos no toca con el orden público y que lo relativo al estado civil es de orden público, acaso por no haberse dado cabal cuenta de en qué consiste un medio nuevo. Si él lo hubiese dicho, yo le replicaría en estos términos: verdad es que lo concerniente al estado civil de las personas es punto de orden público; mas aquí no se trata del estado civil de los demandantes, sino de un pleito sobre intereses particulares que no afecta su estado civil. En este particular me acojo a las fundadísimas razones contenidas en el número 910 del segundo tomo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia."

El concepto de la Corte que figura bajo el número 910, tomo 2º de la obra citada, es de este tenor:

"No todo juicio en que ha habido necesidad de establecer o fijar las relaciones de familia versa, por este mero hecho, sobre el estado civil de las personas. De otra suerte, la mayor parte de los pleitos sobre intereses versaría sobre hechos relativos al estado civil, ya que las relaciones de familia son una de las causas más comunes de los derechos sobre los bienes."

Se considera: pídese en el libelo de demanda que se declare que los demandados Juan C. Restrepo y Francisco Mora C., deben restituir a los demandantes, como fideicomisarios, el terreno denominado El Toche, y los hechos jurídicos de los cuales se deriva el objeto de esa demanda, son, principalmente, los siguientes:

"Que el señor General Juan Bautista Barrientos, en su testamento cerrado que otorgó el veinte de agosto de mil ochocientos ochenta y ocho, ante el Notario del Circuito de Santa Rosa, constituyó un fideicomiso en favor de la señora Virginia Giraldo de Mejía, como legataria fiduciaria, y en pro de los hijos de ésta como fideicomisarios.

"Que ese fideicomiso resulta de la cláusula 4ª del referido instrumento.

"Que la voluntad del testador claramente manifestada en dicha cláusula 4ª de su ordenación testamentaria fue la de dejar a la señora Giraldo de Mejía los bienes de que allí trata para que ella los manejara sin intervención de su marido, y que pasaran luégo a la propiedad exclusiva de los hijos de ésta.

"Que la fiduciaria señora Giraldo de Mejía falleció el 19 de enero de 1920; que por tanto, los demandados, que adquirieron de dicha señora, en vida de ella, la referida propiedad fiduciaria, deben restituírle a los demandantes en su carácter de fideicomisarios."

Pero observa la Corte que, de acuerdo con el tenor de la mencionada cláusula testamentaria, los fideicomisarios no son ni pueden ser otros que los hijos de la legataria Virginia Giraldo de Madrigal.' Esta circunstancia, la de ser los demandantes hijos de dicha señora, constituye un hecho fundamental de la demanda, ya que sólo ella puede acreditar la personería sustantiva de los demandantes, o sea, que en ellos radica el derecho que alegan a su favor; y siendo esto así, no puede decirse que esa cuestión no ha sido materia del debate, y que el reparo que ahora se hace de que ese hecho no se acreditó legalmente en las instancias del juicio, es un medio nuevo inadmisible en el recurso de casación.

La prueba de ese hecho está sujeta al precepto legal que exige, como principal, la certificación que expida el sacerdote párroco, insertando la correspondiente partida de bautismo existente en los libros parroquiales, o—en su caso—el acta del registro de nacimiento; y sólo mediante la comprobación de haberse omitido sentar esa partida o esa acta en quellos libros, o por desaparición de ellos, es que se hace admisible la prueba supletoria.

De lo dicho se deduce que es casable la sentencia por este motivo, toda vez que en el expediente no se ha acreditado, conforme a la ley, que los demandantes son hijos de la asignataria Virginia Giraldo, razón que ha de servir a la vez como fundamento del fallo de instancia.

En tal virtud, 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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, el primero de abril de mil novecientos treinta, y, en su lugar, resuelve:

1º Revócase la sentencia de primera instancia, pronunciada en este proceso por el Juzgado primero del Circuito de Yarumal, el diez y seis de septiembre de mil novecientos veintisiete.

2º No hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en el libelo de demanda, y, en consecuencia, se absuelve a los demandados de los cargos allí formulados.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Ramona de la Concepción Rincón, en escrito que fue repartido al Juzgado 1º del Circuito de Sogamoso, el veintiuno de octubre de mil novecientos veintiséis, dijo:

"Demando a los señores Moisés Rojas y Samuel Cristancho, varones, mayores de edad, naturales y vecinos de Monguí, para que con su audiencia y conocimiento, y previa la tramitación de un juicio ordinario de mayor cuantía, se resuelva por usted como Juez competente, en sentencia que tenga la autoridad de cosa juzgada, que un terreno situado en la vereda de Monguí, jurisdicción de Monguí alinderado: por el pie de un cimiento y una quebrada de por medio, lindando con terreno de la mortuoria de Antonio Gómez Azuela, adjudicado a Gregorio Antonio Gómez y hoy de Antonio Puerto; por la cabecera con terreno de Vicente González y Aureliano Celi; por el costado izquierdo, cimiento al medio, con terreno de Germán Porras, y por el pie, con terreno de la mortuoria de Antonio Gómez Azuela, adjudicado a Julia Gómez, a dar al primer lindero, es de la exclusiva propiedad de la mortuoria o de la sucesión de mi madre Ana Sixta Gómez Guevara; y que, por consiguiente, los poseedores señores Rojas y Cristancho deben entregarlo, o en su defecto debe entregarlo el Juez, dentro de tres días después de ejecutoriada la sentencia; que los demandados

deben pagar a dicha mortuoria el valor de los frutos naturales o civiles de la finca alinderada, desde octubre del año de mil novecientos veinticuatro hasta que hagan la entrega, y que deben pagar las costas del juicio, caso de oponerse a esta demanda.

"Fundo ésta en los siguientes hechos:

"1º El señor Antonio Gómez Azuela fue casado en primeras nupcias con la señora Micaela Ortiz; en segundas, con la señora Ramona Guevara, y en la tercera, con la señora Antonia Higuera; en todos estos matrimonios tuvo descendencia, y al morir dejó varios bienes de fortuna.

"2º A la muerte del señor Gómez Azuela, sus herederos cogieron los bienes y se los repartieron arbitrariamente, sin seguir reglas ningunas de equidad, y así, unos tomaron más de lo que les correspondía y otros menos, y comenzaron a venderlos y a disponer de ellos.

"3º Seguido el juicio de sucesión, y sucedidos los inventarios y la partición, a la señora Ana Sixta Gómez Guevara, hija del segundo matrimonio del señor Gómez Azuela, le correspondió en dominio y propiedad el terreno antes alinderado.

"4º Este terreno lo tienen y lo han tenido los señores demandados, por habérselo comprado—dicen ellos—a la señora Julia Gómez Guevara, una de las hijas de Antonio Gómez Azuela, pero a esta señora se le adjudicó su haber hereditario en otras fincas de la mortuoria.

"5º Como los señores Rojas y Cristancho no han querido entregar buenamente el terreno, yo, en nombre de la mortuoria de mi madre, y como su heredera que soy, me veo en el caso de reivindicarlo por medio de la presente demanda.

"6º Así, pues, la mortuoria de Ana Sixta Gómez Guevara es dueña exclusiva del terreno; y

"7º Los señores demandados son poseedores de él desde hace varios años.

"El derecho, causa o razón de esta demanda lo establecen los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 756 y siguientes del Código Civil."

El demandado Rojas sólo aceptó como cierto el hecho de estar él en posesión del predio que se trata de reivindicar, y el de que él no ha querido entregarlo a la demandante. Cristancho dijo:

"Contesto negativamente a los hechos y al derecho."

Ambos rechazan totalmente lo pedido en la demanda, y alegaron la excepción de prescripción.

En el fallo de primera instancia, dictado el veintitrés de julio de mil novecientos veintiocho, dispuso el Juzgado:

"a) Absolver a los demandados señores Moisés Rojas y Samuel Cristancho, en razón de los cargos que se les formularon por la actora en el libelo de demanda, de que se hizo mérito al principio del presente fallo.

"b) No es el caso de considerar las excepciones propuestas; y

"c) No hay condenación en costas."

Por apelación concedida a la parte demandante subió el negocio al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, el cual, en sentencia de veintiocho de noviembre de mil novecientos veintinueve, con el voto disidente del Magistrado doctor Antonio M. Santos, falló así:

"1º Declárase que un terreno ubicado en el sitio de **Tautacá**, vereda de **Monguí**, jurisdicción de Mongua, abarcado por los linderos expresados en la parte motiva de esta sentencia, pertenece en dominio y propiedad a la sucesión de la señora Ana Sixta Gómez Guevara de Rincón.

"2º Condénase a Samuel Cristancho y a Moisés Rojas, mayores y vecinos de Mongua, a entregar dentro del día tercero a la ejecutoria de este fallo, el referido terreno, a los representantes legales de la referida mortuoria.

"No es el caso de hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda, por no ser notoria la mala fe en la posesión de los demandados."

Contra esa sentencia Moisés Rojas interpuso recurso de casación, que el Tribunal le concedió y la Corte admite.

Invoca el recurrente las causales primera y segunda de casación. La Corte procede a examinarlas, según norma establecida, comenzando por la segunda.

Seis motivos aduce el recurrente en apoyo de esta causal; pero de ellos sólo es pertinente el primero, ya que los otros se contraen a acusar la sentencia por violación de ley sustantiva y por errores de hecho y de derecho, cuestiones que no vienen al caso, tratándose, como se trata, de la causal segunda de casación, y que, por tanto, no han de ser tomados en consideración.

Acúsase la sentencia por la causal segunda "en razón de no haber fallado la excepción perentoria de prescripción oportunamente propuesta, siendo el caso de hacerlo."

"La prescripción fue alegada y probada—dice el cargo—en armonía con el artículo 2513 del Código Civil, sin embargo, no fue fallada"; pero en respuesta a este cargo conviene hacer notar que si bien es cierto que en la parte dispositiva del fallo recurrido nada se dijo con relación a la excepción de que se trata, ésta fue ampliamente analizada por el Tribunal en la parte motiva, y allí se hizo constar que, en su concepto, no está justificada, lo cual no es suficiente para declarar infundada la acusación por segunda causal, porque es jurisprudencia constante de la Corte que "no es incongruente la sentencia que, condenando al demandado, no decide expresamente en la parte resolutiva del fallo las excepciones oportunamente deducidas por éste, sino que las analiza en la parte motiva, estimando justificada la acción. Se entiende entonces que las falla negativamente." (Casación de 30 de octubre de 1920, XXVIII, 162, 3ª; casación de 30 de agosto de 1919, XXII, 273, 3ª).

De los doce motivos aducidos en apoyo de la primera causal, la Corte acoge la acusación motivada por los conceptos del Tribunal, consignados en los siguientes párrafos de la parte motiva del fallo recurrido:

"Liquidada la causa mortuoria del consabido patrimonio herencial, no se adjudicó a la heredera Julia Gómez de Barrera el predio por ella vendido a los Cristanchos y a Rojas, y en esta emergencia los compradores quedaron en descubierto, porque su vendedora les enajenó una cosa que no le pertenecía, y por tanto, ningún justo título podían tener ya sobre el inmueble que pertenecía a la entidad abstracta herencia, tanto virtual como realmente, sin radicar antes de su liquidación derecho concreto alguno en favor de ningún heredero.

"No es, pues, en sentir de la mayoría de la Sala, justo título el que arranca de un heredero que enajena una cosa que en la partición se adjudica a otro, porque al tenor del preinserto artículo 1401, tal venta se reputa como de cosa ajena, y es sabido que las enajenaciones

que exhiban tal fuente, no fundarán título justo y legal."

Estima el recurrente que "el fallo interpretó erróneamente el artículo 1401 del Código Civil, porque le niega al que adquiere un inmueble de una sucesión ilíquida, siendo tradente un heredero real, el derecho de adquirirlo por prescripción, cosa que, por el contrario, permite y autoriza el citado artículo, según esta frase:

'Se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena.'

"Lo que quiere decir que si el poseedor ha llenado las condiciones necesarias para adquirir por prescripción, debe reconocérsele tal derecho."

El cargo es fundado; pues la disposición que consagra el artículo 1401 del Código Civil de que "si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa, que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena," ha de entenderse en relación con la del 1781 de la misma obra, en el sentido de que tal enajenación vale, sin perjuicio de los derechos de dicho adjudicatario, mientras no se extingan por el lapso de tiempo.

Por la errónea interpretación de aquel artículo, dice el recurrente, el Tribunal le niega al demandado el derecho que "tiene todo tercero de buena fe para adquirir por prescripción el inmueble que haya comprado a un heredero," y viola, además, los artículos 2528 y 2529 del mismo Código, "que ordena tener como modo para ganar el dominio de los bienes raíces la prescripción ordinaria, en cuanto se demuestre la posesión regular no interrumpida, durante diez años, a base de justo título."

En atención a este reparo, se considera: de acuerdo con lo establecido en los artículos 2528 y 2529, citados por el recurrente, gana por prescripción ordinaria el dominio de los bienes raíces, quien ha estado en posesión regular de ellos, no interrumpida, durante diez años, y al efecto declaran los artículos 764, 765, 768 y 769 del mismo Código, que "se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión"; que la venta es justo título para transferir el dominio, salvo en los casos que enumera el artículo 766 de dicha obra; y que, en cuanto a la buena fe, que es la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios exentos de fraude y de todo otro vicio, la ley la presume.

Relacionando estas normas legales con lo que consta en el proceso, resulta que en la venta hecha por Julia Gómez viuda de Barrera a Cristo y Samuel Cristancho y Moisés Rojas, por medio de la escritura número 440, de quince de septiembre de mil novecientos ocho, de que se ha hablado, dijo la primera:

"Que da en venta real y enajenación perpetua a los tres últimos, un terreno situado en la vereda de Monguí, sitio de Tinjacá, jurisdicción de Mongua, que hubo por herencia de su padre Antonio Gómez Azuela," y como no se ha probado ni resulta de autos que los compradores tuvieran conocimiento que la sucesión del expresado Gómez Azuela hubiera sido liquidada, se presume que de buena fe creyeron que por medio de esa venta la vendedora les transfería, y ellos adquirían, el dominio del terreno en referencia. Hay que presumir, pues, que se trata de una posesión regular, que habilita a los compradores para ganar la prescripción ordinaria que alega el demandado, ya que ni siquiera hay lugar a conjeturar que pueda tratarse de una herencia yacente, toda vez que la misma demandante, en el numeral 2º de los fundamentos de hecho de su demanda, declara que, "a la muerte del señor Gómez Azuela, sus herederos cogieron los bienes y se los repartieron arbitrariamente, sin seguir reglas ningunas de equidad, y así, unos tomaron más de lo que les correspondía, y otros menos, y comenzaron a venderlos y a disponer de ellos," antes de que se siguiera el juicio de sucesión, con lo cual queda establecido que todos esos herederos aceptaron la herencia, de acuerdo con los artículos 1298 a 1301 del Código Civil, y que, por tanto, la herencia de Antonio Gómez Azuela no quedó yacente.

Ahora, como, por otra parte, de las pruebas aducidas en la primera instancia del juicio resulta que cuando la demanda fue notificada al demandado, el veintidós de noviembre de mil novecientos veintiséis, hacía más de veinte años que éste se hallaba en quieta y pacífica posesión material del terreno que se trata de reivindicar, queda así demostrado que ya para esa época se habían cumplido a su favor las condiciones necesarias para adquirirlo por prescripción ordinaria; y ello es así aun en el supuesto de que fuera fundada la afirmación del Tribunal, de que cuando Julia Gómez vendió la finca (en el año de mil novecientos ocho), la demandante sólo tenía diez y siete años, ya que el tiempo necesario a la prescripción ordinaria es sólo de diez años para los bienes raíces.

Pero conceptúa el Tribunal que esa prescripción fue interrumpida civilmente:

"a) Porque el derecho comprado por Rojas a la señora viuda de Barrera fue objeto de un remate en una ejecución contra él agitada para el pago de una suma de dinero, y por medio de la escritura 1564, otorgada en diciembre de mil novecientos veinticinco, fue reintegrado al haber del citado Rojas, mediante compra que nuevamente realizó éste al rematador. Mediante aquella acción ejecutiva—agrega—en que se llevó a cabo el remate de la tercera parte de la finca, se interrumpió civilmente a no dudarlo la posesión de la cuarta parte rematada, la cual no tornó a reanudarse sino hasta la nueva compra hecha por Rojas al rematador."

A este concepto del Tribunal, observa el recurrente que "el rematador adquirió el dominio y la posesión, los que transfirió luégo a Rojas, en cuya cabeza se realizó el fenómeno que autoriza el artículo 778 del Código Civil. Luego tampoco hubo interrupción."

Fundada halla la Corte esta objeción; pues Moisés Rojas, al alegar la prescripción en la contestación a la demanda, claramente dijo:

"Agrego a la mía la posesión que mis antecesores hayan tenido en el mismo inmueble, haciendo para ello uso de la facultad legal que le confiere el artículo 778 del Código Civil."

"b) La otra interrupción de la prescripción la deduce el Tribunal de un escrito, fechado el diez y ocho de agosto de mil novecientos diez y seis, que en copia aparece a foja 58 del cuaderno principal, en el cual Moisés Rojas dijo al Juez 1º del Circuito de Sogamoso, en el juicio de sucesión de Antonio Gómez Azuela:

'Por escritura número 440, de quince de septiembre de mil novecientos ocho, compré en compañía de Samuel y Cristo Cristancho (mayor) a la señora Julia Gómez, heredera del mismo Antonio Gómez A., un lote de terre-

no por los linderos que constan en la escritura que acompaño. Dicho lote de terreno se inventarió también dentro del juicio de sucesión de Gómez A. Según consta de la partida 9ª de dicho inventario, Samuel y Cristo Cristancho me vendieron sus derechos, y actualmente yo soy el único poseedor y dueño. Como de estos derechos soy dueño y poseedor, legalmente no se me puede poner en la expectativa de entregar, si resulta la partición hecha de manera que lo que he comprado corresponda a otros herederos distintos de los que vendieron, y por esta razón pido a usted atentamente que, previa la ritualidad de un artículo, se me declare como tercer poseedor de dicho terreno, o sea el que figura en la partida 5ª del inventario y de la parte a que se refieren mis títulos y que figuran en la partida 9ª del mismo inventario.'"

A esa apreciación del Tribunal, objeta el recurrente:

"Rojas era poseedor cuando se hizo el inventario de los bienes de Gómez Azuela. Como tal pidió que el inmueble se inventariara en su poder como tercer poseedor, lo que vale decir que siguió siendo poseedor y no hubo la interrupción anunciada."

La Corte halla que también es fundado este reparo del recurrente; pues no es sostenible la tesis de que quien solicita de la justicia que se respeten sus derechos de "único poseedor y dueño," pidiendo que se le reconozca y ampare en su condición de tercer poseedor, interrumpe civilmente su propia prescripción, pues tal concepto dista mucho de lo establecido en el artículo 2554 del Código Civil, según el cual "interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

"Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción, y ni aun él en los casos siguientes:

"1º Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal.

"2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda, o cesó en la persecución por más de tres años.

"En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda."

Es, pues, fundada la acusación por los motivos aquí examinados, referentes a la causal primera; y como los conceptos del Tribunal a que ella se refiere son la base principal del fallo recurrido, se impone su infirmación.

Las mismas razones ya expuestas sirven para fundar el fallo de instancia, y, en tal virtud, 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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el veintiocho de noviembre de mil novecientos veintinueve, y en su lugar resuelve:

Declárase probada la excepción de prescripción ordinaria alegada por los demandados, quienes, en consecuencia, quedan libres de los cargos de la demanda.

Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez):

Ante el Juez del Circuito de Calarcá y en escrito fechado el tres de mayo de mil novecientos veinticuatro, la señora María Rita Morales de Carvajal promovió demanda ordinaria contra su marido, señor Antonio María Carvajal, para que, por sentencia definitiva, se decretara la separación de bienes.

Expuso estos hechos en la demanda:

"**a)** Soy legítimamente casada con Antonio María Carvajal desde hace unos cuarenta años, poco más o menos, y en ese matrimonio hemos procreado varios hijos, de los cuales existe la mayor parte.

"**b)** Hace muchos años mi marido observa una conducta malísima, tanto en el hogar como fuera de él, y en especialidad conmigo; pues siempre me ha ultrajado de palabras, amenazando hacerlo de obra, además del absoluto abandono en el cumplimiento de los deberes de esposo.

"**c)** Hace unos veinte meses que me arrojó de una manera definitiva de la casa donde teníamos constituído nuestro hogar, lo que hizo después de haberme corrido muchas veces, y de haber carecido siquiera de lo más indispensable para mi sostenimiento. Al arrojarme del hogar me dejó en un abandono absoluto, olvidado por completo de los deberes de esposo; pues como dije ya, siempre, en el transcurso de los disgustos, he carecido de lo necesario, con grandes privaciones.

"Es tal el abandono por parte de mi esposo, que si no fuera por caridad de una hija, donde vivo, después de que fui arrojada de la casa, habría tenido que recurrir quizá a la caridad de los amigos, dada mi condición de mujer de edad. Aunque mi esposo no ha descuidado la administración de los bienes, sí ha estado procurando por vender, perjudicando con la venta mis intereses y hasta los de nuestros hijos, puesto que todos ellos son pobres y necesitan de lo poco que podamos dejarles.

"**d)** Ya arrojada del hogar y arrimada a la casa de mi hija, mi esposo no ha vuelto a pensar en sus deberes de esposo, ni acordarse de que yo necesito, no sólo para mi manutención sino también para mis gastos personales.

"**e)** La paz doméstica se ha hecho un imposible, pues después de haber sido arrojada del hogar, cuando alguna vez pretendí volver fui amenazada por medio de una hija, con quien me mandó decir que me retirara de esos lados, si no quería tener grandes pesares. A esto agregamos el ejemplo que da a sus hijos, que es malísimo, pues vive casi siempre públicamente amancebado, con notorio conocimiento de los vecinos en general y de sus hijos; llegando hasta mantener sus concubinas en la misma casa y finca donde ha sido nuestro hogar."

Fundó su acción en los artículos 197 a 212 del Código Civil, y en la Ley 8ª de 1922.

El demandado contestó así la demanda:

"Al **a)**: Es cierto.

"Al **b)**: No es cierto. Mi conducta es la de un ciudadano correcto, y mis procedimientos fuera del hogar así lo indican; en éste mi comportamiento ha sido siempre el de un marido a carta cabal. Por educación y por tem-

peramento soy incapaz de ultrajar a una mujer, y menos a la esposa, con la cual me unen vínculos sagrados.

"Al **c)**: No es cierto que la haya arrojado de la casa, ni la haya colocado en la apremiante situación que describe en el hecho que contesto. Sin motivo alguno abandonó el hogar, y si no supo cumplir con los deberes de esposa, ni atender a las constantes súplicas que le hacía para que volviera al hogar, suya es la culpa. Quien tiene derecho para reducir a la sumisión a la esposa rebelde soy yo; pero enemigo como soy de contrariar la voluntad de los demás, he querido esperar a que el arrepentimiento toque su ánima. Ya el señor Juez ve cuál es ese arrepentimiento y cómo procede.

"Soy un hombre de reconocida honorabilidad, e incapaz de ejecutar actos que desdigan de ella: puede reposar tranquila la señora Morales, en la seguridad de que no malbarataré, sino aumentaré los bienes que son el futuro de mis hijos.

"Al **d)**: No es cierto; pues si ella hubiera vuelto al hogar, nada le faltaría.

"Al **e)**: Habiéndome abandonado mi esposa, es imposible que la paz doméstica sea una realidad, porque ella se ha encargado de destruírla. No es cierto que cuando pretendió volver al hogar, como dice, la hubiera amenazado; si hubiera tenido conocimiento de que aspiraba volver al hogar, la habría recibido entusiasta, pues que mucho luché para volverla al seno de un hogar sencillo, sí, pero honorable.

"Es inconcebible que la demandante se atreva a insinuar que he convertido mi hogar en casa de escándalo. Parece que mi esposa delirara.

"Estas y muchas otras razones me obligan a oponerme a las pretensiones de la demanda."

En sentencia de diez y siete de julio de mil novecientos veinticinco, el Juez del Circuito de Calarcá absolvió al demandado de los cargos formulados contra él en la demanda y ordenó la cancelación de la inscripción del registro y de la fianza, que para asegurar la administración de los bienes de la sociedad conyugal había prestado Carvajal.

Por apelación del apoderado de la parte demandante, subió el asunto al Tribunal Superior de Pereira, quien, en sentencia de diez y seis de febrero de mil novecientos veintiocho, revocó la apelada, y en su lugar resolvió decretar la separación de bienes entre los esposos Antonio María Carvajal y María Rita Morales, ordenando al primero entregar a la segunda sus bienes propios y los que correspondan como gananciales en la sociedad conyugal, para que los administre independientemente. No condenó en costas a ninguna de las partes.

Contra este último fallo interpuso recurso de casación la parte demandada; y como tal recurso reúne los requisitos que exige la ley, la Corte procede a decidirlo.

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por haber incurrido en violaciones de ley sustantiva y en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, e invoca la primera causal de casación, establecida por la Ley 169 de 1896, artículo 2º.

Copia algunos párrafos de la sentencia del Tribunal, y dice así:

"Primer motivo.

"El Tribunal violó el artículo 154 del Código Civil por interpretación errónea, al considerar que el amancebamiento suficiente para decretar la separación no requiere los mismos elementos que el amancebamiento como hecho punible, y al considerar que el abandono de los deberes de esposo y de padre, sin tener en cuenta la calidad de absoluto, es causal de separación.

"La Corte no puede por ningún motivo desconocer que para que el amancebamiento sea causal de separación o de divorcio, es indispensable que todos los elementos constitutivos del delito estén comprobados en el expediente, esto es, que si en lugar de ser la Corte la falladora en lo civil, lo fuera en lo penal, pudiera conminar condenación contra el presunto amancebado con los elementos del expediente. Como de las declaraciones de los testigos presentados no se deducen los hechos constitutivos del delito de amancebamiento, el Tribunal violó el artículo 154 en la forma enunciada atrás."

La Corte considera:

El artículo 154 del Código Civil se refiere al **amancebamiento del marido**; y amancebamiento, en su acepción general, es trato ilícito y habitual de hombre y mujer.

El capítulo 5º del Título 8º del Libro 2º del Código Penal castiga el amancebamiento público (así denomina el delito), requiriendo para ello las notas de publicidad y escándalo, como se ve en el artículo 451.

De suerte que las dos disposiciones, la civil y la penal, no entrañan un concepto idéntico, pues la del Código Penal es más restringida y exigente.

Puede haber un amancebamiento sostenido sigilosamente y que en tal virtud escape a la sanción de este Código; pero a la ley civil no le es indiferente semejante situación, capaz de producir graves perjuicios a los intereses de la sociedad conyugal y de la mujer casada, en el caso de que sea un marido el amancebado sigiloso.

Por tal motivo no es dable afirmar que el Tribunal de Pereira hubiera interpretado erróneamente el artículo 154 del Código Civil, al estimar que el trato ilícito y continuado de hombre y mujer es lo que se entiende por amancebamiento y lo que el legislador colombiano de 1922 ha exigido como causal para decretar la separación de bienes, "sin ninguna modalidad."

Por lo demás, varias veces ha declarado la **Jurisprudencia de la Corte** que para dar por establecido el amancebamiento del marido en un juicio de separación de bienes, no es necesario que por el Juez de lo Criminal se haya proferido sentencia en que se declare la existencia del delito.

"No hay disposición legal alguna que exija como prueba del amancebamiento, que es causa de separación de bienes, la sentencia dictada en el juicio criminal correspondiente, y por lo mismo, en el civil, sobre separación, puede acreditarse el hecho con pruebas distintas de aquélla. El juicio criminal para la imposición de la pena es cosa separada y distinta del civil, que en el presente caso persigue la separación de bienes." (Sentencia de veinticinco de noviembre de mil novecientos veintisiete, tomo XXXV de la **Gaceta Judicial**, número 1803).

Como segundo motivo, dice el recurrente que el Tribunal violó el mismo artículo 154 del Código Civil, porque cuando el legislador estableció en el numeral 5º de allí como causales de divorcio los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, apenas expresó un concepto general, aplicable por el juzgador a los casos particulares.

"Pero como en la demanda que dio origen a este juicio, que finalizó con la sentencia que acuso, no se con-

cretaron los hechos constitutivos de las injurias ni de los ultrajes y trato cruel, el fallador no tuvo materia para poder apreciar en este caso la causal de separación del numeral 5º del artículo 154 citado, y no ha debido aplicarlo al caso del pleito."

Y la indebida aplicación del artículo proviene, además, cuando menos, del error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, al decidir que los testimonios analizados en la sentencia establecían los requisitos exigidos por el artículo mencionado.

Se considera:

En el aparte **b)** del libelo de demanda dijo la señora Morales que su marido la ultrajaba de palabras y amenazaba hacerlo de obra, y en el aparte **e)** expuso una amenaza concreta. De manera que la demanda sí contiene la indicación, aunque no detallada, de que por la causal de injurias o ultrajes se solicitaba también la separación. En los términos probatorios, la demandante adujo algunas pruebas acerca de tales ultrajes o injurias y el sentenciador las encontró suficientes para acreditar esta causa. Luego el Tribunal sí tuvo materia para poder estimar la causal del numeral 5º del artículo 154 citado. Además, la sentencia halló comprobadas otras causales de separación, por donde ella tendría apoyo legal, aun concediendo que no estuviera establecida la del expresado numeral. Finalmente, la violación del mismo numeral no sería directa, ni por errónea interpretación de él, sino por errores evidentes de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas que guiaron el criterio del Tribunal, y esto es materia de las acusaciones que aparecen en el motivo siguiente.

El tercer motivo se refiere a errores de derecho y de hecho en la estimación de las pruebas.

a) Al apreciar las declaraciones de Manuel A. y Eleázar Carvajal, hijos del demandado, el Tribunal violó el artículo 509 del Código Judicial, pues es evidente que en juicio de separación de bienes, en que son partes el padre y la madre de los testigos, el dicho del hijo en contra de alguno de aquéllos, redunda en favor del otro.

"Las atrocidades que aquellos hijos desnaturalizados acumulan contra su padre, redundan en beneficio de la madre."

Por manera que el Tribunal, al tener en cuenta sus dichos, quebrantó no sólo el artículo citado, sino también el 604 del propio Código, que dice no poderse pedir nunca declaración a un hijo contra su padre. Si no puede ser testigo el descendiente en favor del ascendiente, ni se puede pedir la declaración del hijo contra el padre, quiere decir que en el caso de que en un juicio se hubiera cometido ese error, presentando tal prueba, debe desecharse.

Es cierto, observa la Corte, que el Tribunal apreció las declaraciones de Manuel A. y Eleázar Carvajal, afirmando que ellos son hijos de Antonio María Carvajal y la Morales. Empero, para que resultara fundado el cargo de quebrantamiento del artículo 599 del Código Judicial anterior (no el 509, como erradamente se dice en la demanda), era preciso alegar y probar la tacha, según el artículo 648 ibídem, lo que naturalmente debía hacerse en las instancias del juicio. Cuanto a la objeción relacionada con el 604, es de advertir que en el juicio no se acreditó con la aducción de las respectivas partidas que los testigos son hijos de los cónyuges susodichos; y sabido es que el estado civil sólo se establece con la prueba especial (principal o supletoria) que la ley determina. De suerte que, a pesar de la afirmación del Tribunal acerca de la filiación de estos declarantes, semejante punto, base de la actual acusación, no aparece jurídicamente comprobado.

b) Expone el recurrente que el Tribunal, al estimar la declaración de Ramón Rendón, infringió el artículo 608 del Código Judicial, porque consideró a dicho sujeto como testigo ocular, cuando sólo es auricular o de referencia.

Es verdad que el sentenciador afirma que Rendón asevera haber presenciado cuando Carvajal, en momentos en que emprendía viaje a Bogotá, despidió a su esposa, y oído las palabras que le dirigió, y es verdad asimismo que el testigo expresa "que esto lo dice por habérselo oído decir al mismo señor Carvajal." Luego procede el cargo, porque acerca de este punto preciso no fue testigo presencial. Mas de aquí no se sigue ni la infirmación de la sentencia, porque hay otras pruebas, ni la exclusión total del testimonio, comoquiera que en lo que mira al cargo de abandono, Rendón es testigo presencial, porque fue quien alojó en su casa a la señora Morales, su suegra,

c) Continúa el impugnador:

"Al tener en cuenta las declaraciones presentadas por la parte actora, que en su mayoría sólo tienen conceptos de las personas que deponen, y que la sentencia apreció como hechos demostrativos, siendo así que en ellos no se encuentra razón satisfactoria de sus dichos, el Tribunal violó el artículo 636 del Código Judicial."

Respóndese a esto que el Tribunal, al apreciar el conjunto de las declaraciones, halló en ellas elementos suficientes para dar por establecidas las causas alegadas, con el fin de obtener la separación. Tratándose de acreditar hechos que, como los que sirven de motivo al divorcio o a la separación de bienes, ocurren de ordinario dentro del recinto doméstico, no es razonable exigir que cada uno de ellos haya sido rigurosamente presenciado por dos testigos, pues semejante exigencia conduciría prácticamente, en esta clase de litigios, a dejarlos sin comprobación. Basta aducir cierto número de indicios, que pueden consistir en declaraciones de testigos que deponen sobre hechos crónicos, declaraciones que se apoyan unas a otras, para establecer la situación generadora de los motivos de divorcio o separación. Por la naturaleza misma de las cosas surge la necesidad de acudir a la prueba indicial más que a la testimonial.

Cuanto a que los testigos no dan razón satisfactoria de sus dichos, es de advertir que las declaraciones, a más de conceptos, contienen el relato de hechos más o menos concretos, de donde se originan aquellos conceptos.

d) En las declaraciones de Marcelino Gutiérrez, Guillermo Jaramillo, Clementina Ramírez, César Cruz, José Santos Castillo, Juan de Jesús Villegas y Lázaro Mejía no se encuentran, en sentir del autor del recurso, sino simples conceptos y hechos imprecisos sobre el amancebamiento; y como no reúnen los requisitos necesarios para tener valor legal, el sentenciador, al tenerlos en cuenta, violó el artículo 636 del Código Judicial.

Mas ha debido el recurrente examinar una a una esas declaraciones, para indicar cuáles son los hechos imprecisos que no autorizan en sana lógica jurídica la deducción del Tribunal y ver si éste incidió en error evidente de hecho en la estimación de tales testimonios. Esto

porque, como se deja insinuado, es dable comprobar los motivos de separación mediante un conjunto de indicios.

Como cuarto motivo, expone el señor apoderado que al no tener en cuenta las declaraciones de la parte demandada, existiendo en ellas la demostración palmaria de que Carvajal no incurrió en ninguna causal de separación, el Tribunal cayó en error de hecho evidente, pues que en tales declaraciones está la prueba plena de que Carvajal ni fue amancebado, ni ultrajó ni abandonó a su esposa. Como en la demanda no se determinaron los hechos en que consiste el trato malo que dicen Carvajal infería a la Morales, de manera que el fallador pudiera deducir que sí era cruel, erró el Tribunal al considerar como probado dicho trato con las declaraciones que a él hacen referencia.

Para desechar el reparo, adviértase que el Tribunal sí apreció las declaraciones traídas por la parte demandada. Hace una reseña de ellas, y, cotejándolas con las declaraciones de la demandante, llega a la conclusión de que no desvirtúan los cargos formulados en éstas. No ha demostrado el recurrente que haya habido error evidente de hecho en la estimación de la prueba testimonial levantada por la parte de Carvajal.

De la circunstancia de que, según el recurrente, no se hubieran determinado en la demanda los hechos en que estriba el mal trato atribuído al señor Carvajal, no se sigue que el sentenciador hubiera errado al dar por probado aquel trato con las declaraciones que a él hacen referencia. El cargo, para ser estudiado, ha debido ser traído en la forma de una acusación por error evidente de hecho en la estimación de la demanda, y así no se hizo.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Tuluá, Clementina Lozano, mujer casada legítimamente con Juvenal Romero, intentó contra éste juicio ordinario de separación de bienes para que en sentencia definitiva se hiciesen las siguientes declaraciones:

"1ª Que la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio entre Juvenal Romero Lozano y Clementina Lozano, queda disuelta.

"2ª Que como consecuencia de la declaración anterior, se decrete la total separación de bienes entre los cónyuges Juvenal Romero Lozano y Clementina Lozano de Romero.

"3ª Que se ordene entregar a la señora Clementina Lozano de Romero sus bienes propios, y en subsidio su valor, caso de que no se hallen en poder de la sociedad conyugal,

"4ª Que debe procederse al inventario, tasación y liquidación de los bienes sociales.

"5ª Que la señora Clementina Lozano de Romero es hábil, en virtud de la disolución de la sociedad conyugal y de la separación total de bienes, para contratar y obligarse y ejercer actos administrativos y dispositivos sin anuencia ni autorización de su marido."

Pidió también que se decretaran por el Juez las medidas preventivas que autoriza la ley para poner en seguridad los bienes.

Como hechos fundamentales de la demanda, se enuncian los siguientes:

"1. El día veintidós de mayo de mil ochocientos noventa y tres, en esta ciudad y en la santa iglesia parroquial, por los ritos católicos, contrajeron matrimonio entre sí Juvenal Romero Lozano y Clementina Lozano.

"2. A la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio, ninguno de los socios nombrados en el punto anterior, aportó bien alguno; pero durante ella, la cónyuge Clementina Lozano de Romero adquirió a título de herencia, y en la sucesión de su padre, un solar ubicado en esta ciudad.

"3. Debido al trabajo tesonero de ambos cónyuges, la sociedad Romero Lozano-Lozano adquirió varios bienes raíces y muebles, los que se hallan ubicados en este Distrito y en el de Buga.

"4. La cónyuge Clementina Lozano de Romero durante el matrimonio ha observado una conducta intachable, y contribuído con su trabajo a la formación del haber social, mientras su esposo Juvenal Romero Lozano ha llevado una vida de escándalo, dándole malos tratos a su esposa, sin tener motivo para ello, administrando dolosamente los bienes sociales y viviendo en amancebamiento público.

"5. El cónyuge Juvenal Romero Lozano no se contentó con los procedimientos y hechos que se relacionan en el punto anterior, sino que arrojó a su esposa del hogar marital, y la ha tenido sumida en la mayor pobreza, pues hasta la fecha no le ha suministrado los elementos indispensables para la vida, de acuerdo con su posición y estado.

"6. El cónyuge Juvenal Romero Lozano arrojó del hogar marital a su cónyuge, una vez que la sociedad conyugal tuvo dinero, y cuando ya no necesitaba de su trabajo, y en cambio le constituía un óbice para entregarse a su vida depravada.

"7. Como la cónyuge Clementina Lozano exigiera de su esposo alimentos, éste ocurrió para negarlos al fácil expediente de vilipendiarla y calumniarla en su honor, y así desconceptuarla ante la justicia, ante sus hijos y ante la sociedad, cuando tan sólo la cónyuge Lozano de Romero se dedicaba a trabajar de día y de noche para ganar un mísero salario, con el cual subviene escasamente a sus necesidades más apremiantes."

El demandado se opuso a la acción. El Juez de la causa, en sentencia de cinco de abril de mil novecientos veintinueve, falló el pleito así:

"1º Declárase disuelta la sociedad conyugal formada por el matrimonio de los señores Juvenal Romero L. y Clementina Lozano, y decrétase la separación total de bienes entre los cónyuges.

"2º Entréguese a la demandante sus bienes propios o su estimación en dinero,

"3º Para la partición de los gananciales, procédase a la confección de inventarios y tasación de los bienes que usufructuaba la sociedad disuelta, o de que era responsable, en los términos prescritos para la sucesión por causa de muerte."

Por apelación del demandado, el Tribunal Superior de Buga, en sentencia que lleva fecha primero de octubre de mil novecientos treinta, confirmó la de primera instancia. La misma parte interpuso casación, y el recurso es admisible.

El alegato del recurrente está concebido en estos términos:

"Según puede verse de una simple lectura de los alegatos y sentencia de segunda instancia, la demandante no señala en definitiva como causales de la separación, ninguna de las que nuestro Código Civil reconoce en su artículo 200, o sean: la insolvencia y la administración fraudulenta del marido. A falta de ellas ha fundado sus pretensiones en la nueva Ley 8ª de 1922, cuyas disposiciones, rompiendo la armonía del Código, aumentaron las causales de separación con las indicadas para el divorcio en el artículo 154 de la citada obra. El apoderado de la demandante prescindió de hacer valer en su alegato de primera instancia los motivos de 'insolvencia y mala administración'; el Juez, en seguida, descartó 'la embriaguez habitual y el amancebamiento del marido,' concluyendo por quedar en pie como única causal contra mi cliente, la que se refiere a 'ultrajes, trato cruel y malos tratamientos.' El concepto del Juzgado en ese sentido fue acogido en todas sus partes por el Tribunal, quien dice al respecto en su fallo:

'La resolución del Juzgado, en sentir de este Despacho, tiene fundamento legal, porque un examen atento y detenido de la copiosa comprobación testimonial traída al juicio en los términos de prueba respectivos, así lo evidencia.'

"Concretado, pues, el debate al punto de los 'ultrajes,' interesa esclarecer si ellos, caso de haber existido, asumieron peligro para la vida de los cónyuges, o motivo de permanente intranquilidad y sosiego domésticos. Sobre el particular, el Tribunal, después de un detenido análisis de las declaraciones, concluye diciendo:

'Es del caso advertir aquí que no hay pruebas demostrativas del trato cruel ni de maltratamientos de obra de parte del marido, que pudieran poner en peligro la vida de la cónyuge; pues antes dicen lo contrario Elvira Echeverri, Encarnación Victoria de L., Josefina Rodríguez y Josefa Caicedo. De consiguiente no queda como cargo apreciable sino los ultrajes que hagan imposible la paz y el sosiego domésticos.'

"Con respecto a éstos, agrega el Tribunal:

'Los declarantes en el juicio no expresan en qué consistieron las expresiones o términos ultrajantes de que dan cuenta, para saber el grado de vilipendio, contumelia, injuria grave u ofensas que contra el honor o la dignidad de la persona envolvieran aquéllas.'

"Siendo esto así, parece natural que el Tribunal hubiera terminado su fallo en sentido absolutorio para mi cliente, ya que la sentencia, como lo enseñan principios elementales de Derecho, debe estar basada en las pruebas que han figurado en el expediente. De ellas no resultaba manera de apreciar la gravedad de las ofensas o ultrajes inferidos por el marido a la esposa, era el caso de absolver al demandado. No obrando así el Tribunal, incurrió en un manifiesto error de derecho en la apreciación de las pruebas, el que, al tenor del inciso 3º, artículo 2º, de la Ley 169 de 1896, constituye una expresa causal de casación.

"Veamos la manera como procedió el Tribunal al elaborar su fallo, que es hoy materia de casación:

'Después de examinar una a una las diversas causales de separación de bienes que indican los artículos 200 y 154 del Código Civil, llegó a la conclusión de que solamente una de ellas: los ultrajes o frases injuriosas pronunciadas en determinadas ocasiones por el marido, podía servir a la separación de bienes, siempre que se lograra establecer que esas frases o expresiones hacían imposibles la paz y el sosiego domésticos.'

"La prueba pertinente y necesaria no fue hallada. Terminantes son las palabras del Tribunal cuando dice:

'.....los declarantes en el juicio no expresan en qué consistieron las expresiones o términos ultrajantes de que dan cuenta, para saber el grado de vilipendio, contumelia, injuria grave u ofensas que contra el honor o la dignidad de la persona envolvieran aquéllas.'

"No encontrándose en las numerosas declaraciones llegadas al juicio la prueba clara y terminante destinada a establecer de un modo categórico que los ultrajes o injurias revistieron el carácter de gravedad que la ley exige en estos asuntos como causal de divorcio (hoy también de separación de bienes), echó el Tribunal por el camino de las conjeturas, optando por declarar que 'las frases injuriosas debieron ser de mucha gravedad, toda vez que produjeron la separación de la esposa.'

"Como se ve, esta deducción no brota espontáneamente de las pruebas, sino de hipótesis más o menos aceptables y discutibles. En efecto: en el expediente aparece ciertamente que la señora Lozano se separó del hogar y lleva vida independiente del marido desde hace largo tiempo, alojada en una casa que él le suministró, mas no hay comprobante suficiente para asegurar que esa separación se debiera a malos tratamientos del marido. Pudo ser obra del mal carácter de la esposa, abandono voluntario del hogar. Obsérvese que al contestar la demandante a la pregunta novena de las posiciones, en que se le inquiere '¿cómo es cierto que se salió del hogar?,' contestó: 'es cierto,' sin desvirtuar la forma o manera como se le hacía la imputación de esa salida. A igual conclusión se llega examinando las declaraciones de Josefina Rodríguez, Encarnación Victoria de Lozano, María J. Roldán, Elvira Echeverri, Josefa Caicedo y Julio C. Lozano (folio 51 vuelto). Ellas concuerdan en afirmar que las discusiones entre Romero y su esposa no revistieron nunca carácter de gravedad de parte de éste, ni motivo suficiente para que la señora Lozano abandonara el hogar. Escojo de una de esas declaraciones (la de la señora Roldán), los siguientes apartes en que concuerdan otros testigos:

'Conozco personalmente, desde muchos años atrás, a los esposos Juvenal Romero y Clementina Lozano de Romero, por haber sido vecina de la casa en que ellos vivieron, y por ese conocimiento me consta que el señor Juvenal Romero siempre fue atento y solícito con su esposa; es verdad que no presencié que tuvieran molestias, y me consta que él le daba un trato afable, y nunca la trató con crueldad. Es verdad que la señora Clementina Lozano abandonó la casa de su esposo, dejándolo, y dejando así de cumplir con los deberes de esposa y madre;

me consta que los hijos quedarón al cuidado de su padre, quien ha atendido a sus necesidades.'

"Sea este el caso de encarecer la cautela con que debe proceder el Juez cuando se demanda la separación de bienes, fundada en ultrajes o malos tratamientos del marido. Sin duda esa clase de hechos constituyen una clásica causal de divorcio, más, aparte de que ordinariamente son pasajeros y de poca importancia, no autorizan para resolver que a la mujer inexperta e ignorante en la práctica de los negocios se deba entregar el manejo de sus bienes cuando, como en el caso presente, son correctamente administrados por el marido, y consisten en simples gananciales. Esta parece ser la causa porqué antes del año de mil novecientos veintidós, en que se expidió la Ley 8ª, no figuraban como motivo o causal de separación de bienes, los ultrajes o amenazas.

"Por lo que al presente caso respecta, está probado en autos que la señora Clementina Lozano no aportó bienes de ninguna clase al matrimonio; que su esposo es hombre juicioso y trabajador; que una vez que ella abandonó definitivamente el hogar, le dio alojamiento y recursos para llevar su vida independiente; y que en cuanto a los hijos, el señor Romero ha seguido sosteniéndolos y educándolos. Pequeño o grande el capital de la sociedad Romero-Lozano, bajo la dirección del marido ha venido progresando, y es hoy suficiente para atender a todas las exigencias de los cónyuges y educación de los hijos. No sucederá lo mismo el día en que, disuelta la sociedad, se entregue la mitad de esos bienes al inexperto manejo de la esposa o al peligroso de un tercero en quien ella haga confianza. Oíd lo que a este respecto dice uno de los testigos, Juan Clímaco Cuervo (folio 14), corroborado por el dicho de Crisanto Lozano, Julio Jiménez M. y otros:

'Hace catorce años conozco a los esposos Clementina Lozano y Juvenal Romero, y por ese conocimiento aseguro que la señora Lozano de Romero es inepta para el trabajo, pues no le conozco profesión con la cual pueda subvenir a sus necesidades en caso de quedar separada de bienes; por lo mismo conceptúo que la señora Lozano no sería capaz de administrar directamente sus bienes. Conozco personalmente al señor Ernesto Romero, hijo legítimo y primogénito de los nombrados esposos, y por estar en este negocio dicho Ernesto de parte de su madre, al llegarse a decretar la separación de bienes, éste, que es de pública notoriedad, de malos manejos y completamente inepto para el trabajo, vendría a ser el administrador de los bienes de la señora Lozano de Romero, con notable perjuicio para los intereses de la señora y aun para los propios de sus hijos, comoquiera que con esa administración los bienes vendrían a menos y aun serían vendidos, lo que acarrearía el que la señora quedara reducida a la miseria.'

"Aparte del indicio consistente en que la señora de Romero abandonó su hogar, cree el Tribunal encontrar otro que lo induce a suponer gravedad en las frases injuriantes del esposo a su cónyuge, el cual se hace derivar de que 'en el presente juicio Romero ha demostrado en sus alegatos ser excesivamente hiriente o agresivo con su esposa.' Pero es el caso, señores Magistrados, que los conceptos o frases de recriminación estampados por mi cliente en contra de su esposa, son posteriores a los hechos en que se apoya la demanda. No hay constancia de que fueran pronuciados por el señor Romero durante su vida de hogar, sino aducidos y escritos en el calor del debate, en momentos de exaltación, haciéndolos desprender de testimonios que obran en autos, en los que los cargos a la señora Lozano se formulan con mayor severidad aún.

"Por fuertes y agresivas que esas recriminaciones sean, no está probado que ellas se pronunciaran habitualmente por el señor Romero durante su vida hogareña, en términos que hubieran hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos, para lo cual, entre otras cosas, deberían carecer en absoluto de fundamento, pues de lo contrario, lo que era susceptible de acabar con la paz del hogar no serían las recriminaciones del esposo a la señora, sino la conducta de ésta.

"Falsea, pues, por su base y de un modo evidente, la prueba o consideración que el Tribunal acoge para dictar su fallo de separación de bienes en contra de mi cliente, En otros términos, incurre dicho Tribunal en manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, por lo cual respetuosamente os pido declaréis que la sentencia de fecha primero de octubre de mil novecientos treinta, dictada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, es casable por la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y que, por tanto, dicho fallo se invalida, dictando el que en su lugar, según vuestro recto criterio y las observaciones que dejo hechas, deba reemplazarlo."

La primera causal de casación, que se hace consistir en que el Tribunal sentenciador incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial que obra en autos, parece apoyarla el recurrente en dos motivos fundamentales:

1º Que no expresando los declarantes en el juicio en qué consistieron las expresiones o términos ultrajantes de que dan cuenta, para saber el grado de vilipendio, contumelia, injuria grave u ofensas que contra el honor o la dignidad de la persona envolvieran aquéllas, echó el Tribunal por el camino de las conjeturas, optando por declarar que "las frases injuriosas debieron ser de mucha gravedad, toda vez que produjeron la separación de la esposa"; y

2º Que el Tribunal tomó como indicio para apreciar la gravedad de las frases injuriantes pronunciadas por el esposo demandado, los conceptos o frases de recriminación estampados por éste durante la secuela del juicio, los cuales—según el recurrente—no podían tomarse en cuenta por ser posteriores a los hechos en que se apoya la demanda.

Se considera:

Por lo que hace al primer reparo, observa la Corte que la apreciación de las pruebas es cuestión que está sometida al soberano criterio del juzgador, apreciación que no puede variarse por la Corte sino en el caso de que haya habido evidente error de hecho o que se haya incurrido en error de derecho por el sentenciador. El error de hecho no lo indica el recurrente, y para que pueda prosperar en casación la acusación por error de derecho, es preciso que el recurrente señale la disposición legal sustantiva violada a consecuencia del error. En otros términos:

"Cuando se alega en casación mala apreciación de determinada prueba, ha de señalarse forzosamente la disposición legal infringida a causa de los errores de hecho o de derecho sufridos en esa mala apreciación, porque ésta no constituye una causal de casación separada y especial, sino un simple motivo de la causal primera, consistente en violación de ley sunstantiva."

(**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 246). Se advierte que esta es doctrina uniforme de la Corte, como puede verse en la **Jurisprudencia** de esta corporación.

No citándose por el recurrente disposición legal alguna violada por virtud de los errores que menciona, el cargo no puede prosperar.

En cuanto dice al segundo motivo, se observa que el Tribunal tomó el hecho de haber sido el demandado "excesivamente hiriente o agresivo con su esposa" durante la secuela del juicio, como una consideración accesoria para reforzar la apreciación que había hecho de la gravedad de las expresiones injuriosas de que dan cuenta los testigos que depusieron en el juicio. Esa apreciación viene a demostrar que aquellos hechos no sólo existieron a la época de la demanda, sino que continuaban aun durante el curso del juicio. Cabe hacer a este motivo el mismo reparo que se deja hecho al anterior, en cuanto el recurrente no cita la disposición legal que considera violada, y el cargo resulta, por tanto, infundado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Buga, con fecha primero de octubre de mil novecientos treinta.

2º Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Tuluá, la señora Teselina Cortés viuda de Cruz, promovió juicio ordinario contra Roberto Antonio Torres, Braulia y Eufemia Rengifo y Tulia Hernández, Jesús Libreros S. y Gonzalo Zúñiga R., para que, con su citación y audiencia, se hagan en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"1º Que es absolutamente nulo el testamento que aparece otorgado por el señor Manuel Vicente Cortés, bajo el número ciento diez y siete, ante el señor Notario público de Andalucía, el diez y ocho de julio de mil novecientos veinticinco, y ante los testigos instrumentales señores Rafael Tello, Pedro Pablo Calero y Bernardo Salamanca.

"2º Que por razón de esa nulidad absoluta e insubsanable, el expresado testamento no puede surtir efecto alguno legal, y en tal virtud deben tenerse por no escritas todas y cada una de las cláusulas en él contenidas.

"3º Que como consecuencia de esa declaratoria de nulidad, no tiene valor legal alguno el reconocimiento de hijos naturales, que allí aparece hecho a favor de Roberto Antonio Torres, Baudilia y Eufemia Rengifo y Tulia Hernández.

"4º Que en el supuesto improbable de que ese testamento llegare a tener algún valor legal, no se ha reconocido allí como hija natural a Braulia Rengifo, que es la persona que se ha hecho presente en el juicio de sucesión, sino a Baudilia Rengifo, que es persona distinta.

"5º Que por razón de nulidad del testamento, la sucesión del extinto señor Manuel Vicente Cortés debe regirse por las reglas de la sucesión intestada, a la que soy llamada yo en primer término, por ser su hermana legítima.

"6º Que siendo, como es, nulo el acto testamentario, carece también de valor el instrumento público en que dicho acto consta, nulidad que debe declararse, ordenando que se cancele la nota de registro."

Fúndase la demanda en los siguientes hechos:

"a) El mencionado testamento no fue dictado libre y espontáneamente por el finado señor Manuel Vicente Cortés, que en esos momentos se encontraba en estado de inconsciencia, por razón de su enfermedad.

"b) Contra la expresa voluntad del mismo, los señores Gonzalo Zúñiga R. y Jesús Libreros S. llevaron el Notario y le presionaron para que testara.

"c) Ese testamento no fue dictado por el causante, como lo exige la ley para la validez del acto, sino que fue el Notario y los señores Gonzalo Zúñiga R. y Jesús Libreros S. quienes le dictaron, en términos que tenían que repetirle una y muchas veces las preguntas que le hacían, porque él no las aceptaba.

"d) El testigo que aparece firmando a ruego del testador, no fue rogado por él, sino por los mismos Zúñiga, Libreros y el Notario.

"e) La designación de albaceas y el reconocimiento de hijos naturales que allí aparecen no fue manifestación expresa y voluntaria del testador sino obra de los mismos Zúñiga R., Libreros S. y el Notario.

"f) Uno de los testigos del testamento es pariente del Notario."

Como fundamentos de derecho se aducen los artículos 1055 y siguientes del Código Civil y demás disposiciones de la misma obra que reglamentan la materia, y las concordantes del Código Judicial.

Roberto Torres, Eufemia, Baudilia o Braulia Rengifo y Tulia Hernández contestaron el traslado de la demanda por medio de apoderado, negando el derecho y los hechos en que se funda. No la contestaron, aunque les fue notificada, Gonzalo Zúñiga y Jesús Libreros, y tampoco intervinieron posteriormente en el juicio.

El Juzgado, en sentencia de veintinueve de febrero de mil novecientos veintiocho, falló la litis, absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda.

Apelada esa sentencia por la parte actora, subió el negocio al Tribunal Superior de Buga, el cual, previa la tramitación de rigor, confirmó la sentencia de primer grado por medio de la suya, de fecha once de septiembre del año de mil novecientos treinta.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante, el cual le fue concedido.

El recurso es admisible.

La parte recurrente dejó expirar el término de que disponía para fundar el recurso ante la Corte; pero en el escrito por medio del cual la misma parte interpuso el recurso ante el Tribunal, lo fundó, y a él se atendrá la Corte para fallarlo, previas las consideraciones que van en seguida.

Se invoca la primera causal de casación, por ser la sentencia, en concepto del recurrente, violatoria de ley sustantiva, tanto directamente, como por efecto de interpretaciones erróneas de la misma ley y de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.

Violación del artículo 1061, numerales 3º y 4º del Código Civil.

El cargo de violación de este precepto legal puede resumirse así:

a) Carece de habilidad para testar el que actualmente o al momento de otorgarse el testamento, no está en su sano juicio por cualquier causa, o no puede expresar su voluntad claramente de palabra o por escrito; el testador, señor Manuel Vicente Cortés, se encontraba, cuando otorgó su memoria testamentaria, en las condiciones anotadas, esto es, no gozaba de la plena capacidad que el acto requiere, porque cuando otorgaba su testamento padecía de aguda enfermedad, de angustias y dolores, que, además de privarle de su sano juicio, fue un obstáculo a la expresión espontánea y clara de su voluntad. Ha debido, pues, el Tribunal, en concepto de la recurrente, decretar la nulidad del testamento del finado Cortés, y como no lo hizo así, viola en su sentencia los numerales 3º y 4º del artículo 1061 del Código Civil.

Desde luégo observa la Corte que el Tribunal no ha dicho que el que actualmente no esté en su sano juicio, por ebriedad u otra causa, o quien no pueda expresar su voluntad claramente de palabra o por escrito, puede otorgar válidamente testamento, para que así pudiera reconocerse que había violado directamente o por interpretación errónea los incisos 3º y 4º del artículo 1061 del Código Civil. El Tribunal lo que ha dicho es que no se comprobó que Manuel Vicente Cortés hubiera otorgado su testamento no estando en su sano juicio, o que no pudo darse a entender claramente de palabra o por escrito. De manera que si el Tribunal hubiera violado la disposición citada por el recurrente, no habría sido por violación directa o errónea interpretación, sino por error de hecho o de derecho en la interpretación de las pruebas del proceso. Considerado el cargo por este aspecto, se tiene:

En copia auténtica aparece en el cuaderno principal del expediente (folios 17 a 21), el testamento otorgado por el señor Manuel Vicente Cortés, ante el Notario público principal del Distrito Municipal de Andalucía (Valle del Cauca), y ante los testigos instrumentales señores Rafael Tello, Pedro Pablo Calero y Bernardo Salamanca, instrumento otorgado bajo el número 117, el diez y ocho de julio de mil novecientos veinticinco.

El expresado instrumento es, pues, un documento auténtico, cuya validez ha de presumirse. A acreditar su nulidad se han encaminado todos los esfuerzos de la parte actora durante el curso de la primera y de la segunda instancia.

Se ha querido demostrar que el testador, al momento de testar, no estaba en su sano juicio; que fue presionado por el Notario y los albaceas, señores Gonzalo Zúñiga y Jesús Libreros; que el testamento fue escrito y redactado por el Notario, y al efecto se aducen los testimonios de los señores José Israel Moreno, Avelino Vélez, José Alejandro Ranjel y Rafael Tello, testimonios que el sentenciador aprecia de la siguiente manera:

"De estos cuatro testigos, los tres primeros, Moreno, Vélez y Ranjel sostienen, en declaraciones recibidas de *nudo hecho y después* ratificadas, los puntos alegados por la parte actora, de que se ha hablado antes. El último—Tello—está conforme con ellos en la mayor parte de sus afirmaciones, si bien no las sostiene de manera tan explícita como ellos lo hacen, y en puntos sustanciales, como el de la enajenación mental del testador, su inconsciencia, y el no haber rogado al señor Manuel D. Roldán que firmara por él, se distancia bastante de los primeros, como pasa a verse: en cuanto a la enajenación mental a consecuencia de los dolores del testador, dice que hasta las tres de la tarde de ese día estaba como enajenado a consecuencia de su novedad, pero que por la noche, al otorgar el testamento, se le notaba ya calmado. En lo relativo a la inconsciencia, dice en una de las declaraciones ratificadas, no poder afirmar si se daba o nó cuenta de lo que hacía, pero que cuando contestaba a las preguntas lo hacía de una manera clara. En cuanto a que rogara a Manuel D. Roldán para que firmara en su lugar, dice en una de las declaraciones que, habiéndole hecho la pregunta por varias ocasiones, manifestó que rogaba a Manuel Dolores Roldán, y en la otra declaración dice que el testador no rogó a ningún testigo para que firmara por él, y que únicamente a insinuaciones del Notario y de Zúñiga y Libreros, manifestó su aquiescencia de que dicho Roldán firmara, manifestando tal asentimiento casi con signos, pues no se le entendía lo que hablaba.

"De estos cuatro testigos hay que descartar el primero (José Israel Moreno), pues hay cinco declaraciones de Gil Blas Salamanca, Gonzaló Zúñiga, Jesús Libreros, Manuel D. Roldán y Pedro P. Calero, que sostienen contestes, y de manera categórica, que José Israel Moreno no se encontró en casa del testador la noche en que se otorgó el testamento, y no pudo, en consecuencia, presenciar el acto.

"La prueba plena de que José Israel Moreno no se encontró presente en la casa del testador cuando se otorgó el testamento, y el aparecer después declarando como testigo presencial, la manera como aparecen redactadas las declaraciones de los cuatro testigos, en los mismos términos y hasta con las mismas palabras y de una manera uniforme, que parece como que hubieran sido preparadas de antemano y por una misma mano, como para que quedara faltando sólo la firma, y las contradicciones del testigo Rafael Tello, las hacen sospechosas al Tribunal.

"En contra de esas declaraciones y sosteniendo los puntos enteramente contrarios, aparecen las declaraciones de los señores Gil Blas Salamanca, Gonzalo Zúñiga, Jesús Libreros, Pedro P. Calero, Bernardo Salamanca y Manuel D. Roldán, qienes declaran en conformidad con las declaraciones contenidas en el testamento, pues de ellos los tres primeros, Zúñiga, Libreros y Calero, sostienen acordes que el Notario fue llamado de acuerdo con el testador, que éste estaba en el pleno goce de sus facultades intelectuales cuando otorgó el testamento; que el mismo, y con absoluta libertad, redactó sus disposiciones; que leído el testamento lo aprobó en todas sus partes, y que por el impedimento físico, a consecuencia de la enfermedad, rogó a Manuel Dolores Roldán firmara por él.

"El cuarto de esos testigos—Bernardo Salamanca—declara acorde con los anteriores, que al leer todo el testamento a Cortés, éste dijo que era corriente, dándose perfecta cuenta de lo que hacía.

"El quinto—Manuel D. Roldán—declara acorde con todos los otros, que el testador obró en todo con perfecto conocimiento; que al leerle todo el testamento lo aprobó, y convino en que el declarante firmara por él a ruego.

"Estas seis declaraciones están de acuerdo con lo que reza el instrumento público, y auténtico con la fe pública que merece el Notario en sus afirmaciones como tal."

En los apartes transcritos aprecia el Tribunal los testimonios aducidos por la parte demandante y los aducidos por la parte demandada, desechando totalmente los de aquélla, previo el análisis que de ellos hace:

Los testigos de la parte demandante, señores Ranjel y Vélez, en sus varias declaraciones, afirman que el testador, señor Manuel Vicente Cortés, se hallaba al momento de testar, "acometido de violentos trastornamientos y de agudos dolores, y que eran tales sus congojas, sus angustias, su desesperación y sus tormentos, producidos por una especie de envenenamiento, que se revolcaba en su lecho de muerte, se arrojaba al suelo y prorrumpía en quejidos de aflicción mortificantes"; que por las razones dichas, el señor Cortés, en los momentos en que firmó su testamento, "no se daba cuenta cabal y exacta de lo que hacía y se le hacía decir, y que ese testamento se firmó por preguntas capciosas y acomodadas que los señores Notario, Gonzalo Zúñiga R. y Jesús Libreros S. le hacían con marcada tenacidad al moribundo señor Cortés, que únicamente respondía en palabras entrecortadas y confusas, que no expresaban sus disposiciones claramente"; que a los testigos les consta que, "el Notario Salamanca interrogaba con mucha tenacidad al señor Cortés para que manifestara a quiénes dejaba como herederos de sus bienes, y es cierto que el señor Cortés se negó a contestar esas preguntas, pues como se encontraba, con motivo de su enfermedad, en estado casi de demencia, sólo daba a comprender que no lo molestaran, y manifestó que no estaba en estado de testar, pero el Notario dijo que tenía que hacerlo, porque ellos no iban a perder tiempo, y así lo terminó, contrariando la voluntad del señor Cortés, porque hasta última hora se negó a firmarlo"; que "el señor Cortés no estaba en su entero juicio, ni fue él quien dispuso el reparto de sus bienes....."

En el interrogatorio de repreguntas hechas a los mismos testigos por el apoderado de la parte demandada, el señor Avelino Vélez dice:

"Que el testigo no hizo examen ninguno en la persona de Manuel Vicente Cortés el día del testamento, y que afirma que éste no fue la expresión clara y consciente de su voluntad porque, como ya lo ha dicho él, no lo mandó a hacer ni manifestó su voluntad."

Y el testigo José Alejandro Ranjel, al ser repreguntado por el apoderado antes dicho, declara:

"Que el testigo no hizo examen científico en la persona del señor Cortés el día que éste otorgó su testamento, porque el testigo es persona ignorante en medicina, y que afirma que el testamento del señor Cortés no fue la expresión clara y consciente de su voluntad, porque, como lo tiene dicho, Cortés no lo mandó a hacer ni manifestó su voluntad de hacerlo."

Es de advertirse que los testigos Ranjel y Vélez, que declaran con más o menos uniformidad, son personas totalmente ignorantes; pues a ruego de ellos, en sus distintas declaraciones, firman otras personas.

Con las declaraciones que en lo pertinente acaban de transcribirse, se pretende demostrar, en primer término, que el testamento cuya nulidad se pide, no fue obra del testador, porque aquél se firmó por preguntas capciosas y acomodadas del Notario y los albaceas, y porque el Notario interrogaba con tenacidad a Cortés para que hiciera manifestación de sus disposiciones testamentarias; pero estima la Corte que de tales afirmaciones no puede deducirse la suplantación o adulteración de la voluntad del testador por el Notario y los albaceas, porque el hecho de que el testador se expresara con dificultad no es prueba evidente de que no diera a conocer su voluntad, como lo dice el instrumento en que consta el testamento. En segundo término se pretende establecer, con las mismas declaraciones, la inconsciencia o casi demencia del testador, la cual se hace provenir de la aguda enfermedad que aquejaba a Cortés, y no obstante hallarse en tan deplorables condiciones, hasta el extremo de no darse a entender en forma clara, se opuso, sin embargo, sistemáticamente, a aprobar y firmar su testamento. Si el estado mental del testador, al momento de testar, fue el que los testigos le atribuyen, debió él acreditarse, de manera preferente, como lo tiene establecido la Corte, con el dictamen de facultativos; y es obvio que las declaraciones de Ranjel y Vélez, personas absolutamente analfabetas, no pueden establecer hechos de tanta gravedad, como la inconsciencia o casi demencia de Manuel Vicente Cortés, deducida únicamente de una enfermedad mental. No todas las enfermedades, por graves que sean, llevan necesariamente a la inconsciencia o a un estado vecino de la demencia, y aun cuando ella se hubiera producido en Cortés, como lo afirman los testigos mencionados, no ha sido demostrada con la prueba competente.

Las declaraciones en referencia sólo contienen meros conceptos; de ellas no es posible deducir siquiera un indicio vehemente, y aunque pudieran ofrecerlo, tampoco bastarían ellas, por sí solas, para infirmar la sentencia recurrida, toda vez que los declarantes, carentes de la más mediana ilustración, no declaran sobre hechos sujetos a los sentidos, sino sobre condiciones estrictamente psicológicas, como son todas aquellas que integran el estado mental y volitivo de un individuo, y cuando esto ocurre ha dicho la Corte que "las declaraciones de testigos que no versen sino sobre hechos de que puedan deducirse indicios respecto del estado mental del testador, no pueden oponerse a los testigos positivos y directos del Notario y de los testigos instrumentales que intervinieron en el acto de testar, que declaran no haber dado el testador muestras de perturbación mental, y que, por el contrario, recuerdan que ejecutó el acto testamentario de una manera formal." (Casación, 29 de julio de 1918, **Gaceta Judicial**, tomo XXVII, 23, 2ª).

Esta doctrina es aplicable al caso de autos, a pesar de las declaraciones contradictorias del testigo instrumental Rafael Tello, que el Tribunal anota en su fallo, pues por esas contradicciones esa declaración no es atendible en cuanto al estado mental del testador.

De todo lo expuesto resulta infundada la acusación de haber violado el Tribunal los numerales 3º y 4º del artículo 1061 del Código Civil.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 1072, inciso 2º, y 1074 del Código Civil.

Se acusa la sentencia recurrida de haber violado el inciso 2º del primero de estos artículos e interpretado

mal el segundo, acusación cuyos fundamentos pueden concretarse de la manera siguiente:

b) Violó el Tribunal el inciso 2º del artículo 1072 del Código Civil e interpretó erróneamente el 1074 de la misma obra, porque estima la recurrente demostrado, con las declaraciones de los testigos instrumentales Rafael Tello y Bernardo Salamanca, que el testamento de Cortés no fue presenciado durante todo el acto de su otorgamiento por ellos; ni los expresados testigos permanecieron reunidos en la misma pieza en que el hecho acontecía.

Considera la recurrente como esenciales y necesarias en el testamento la lectura final de éste y la presencia de los testigos instrumentales, requeridos por la ley, y como esto último no ocurrió en el testamento cuya nulidad se solicita, se violaron las disposiciones citadas y dejaron de aplicarse al caso del pleito, el artículo 1083 del Código Civil o el 11 de la Ley 95 de 1890.

Para fundar este cargo, la recurrente aduce los testimonios de Rafael Tello y Bernardo Salamanca, y dice que el Tribunal apreció mal estas declaraciones. Que "el testamento de Cortés no fue presenciado en un principio por el testigo instrumental señor Rafael Tello, ni lo fue en un todo por el testigo instrumental señor Bernardo Salamanca, porque no estuvieron reunidos en la misma pieza del presunto testador, cuando éste, agonizante, postrado e inconsciente, lo escribía el Notario mismo. Es ese un hecho afirmado por los mismos testigos instrumentales nombrados y por otros cuyas declaraciones han sido mal apreciadas por el Tribunal. Por este concepto—dice el autor del recurso—ha violado también el sentenciador el inciso 2º del artículo 1072 del Código Civil, y ha interpretado erróneamente el artículo 1074 del mismo Código, porque por el hecho de que el testamento abierto deba, en recapitulación, ser leído una vez concluído, por el Notario en alta voz, no quiere decir esto que no debe ser presenciado en **todas sus partes** como un acto indivisible que es, por los testigos instrumentales. Una cosa es la lectura final del testamento, y otra distinta la presencia de los testigos instrumentales para todos los actos que lo constituyen. Son, por tanto, dos fases diferentes consecutivas, esenciales y necesarias ambas. Si así no fuera bastaría la lectura sola del testamento, y sobraría el inciso 2º del artículo 1072 del Código Civil, el cual no está en contradicción con el 1074, sino que se complementan. Debió, pues, el Tribunal darle aplicación al artículo 1083 del Código Civil, o al 11 de la Ley 95 de 1890."

La Corte observa:

Lo que constituye la esencia del testamento abierto, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 1072 del Código Civil, es "el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos." Es, pues, el conocimiento de la voluntad del testador por parte del Notario, cuando concurre, y de los testigos instrumentales, lo sustancial en los testamentos abiertos.

El segundo inciso del artículo 1072 citado, exige, en orden a asegurar la indivisibilidad del acto testamentario, la intervención en él de un mismo Notario, cuando asiste, y de unos mismos testigos. Para el conocimiento de la voluntad del testador es, pues, requisito indispensable que durante la lectura del testamento, hecha en alta voz por el Notario o por uno de los testigos designados al efecto por el testador, estén presentes los testigos instrumentales en el mismo sitio en que el acto ocurra; pero para la redacción del testamento mismo no es necesaria la presencia de los testigos testamentarios, toda vez que, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 1074 del Código Civil, "el testamento abierto podrá haberse escrito previamente."

Se ha visto que el testimonio de Rafael Tello, aducido por la parte actora para acreditar la nulidad del testamento materia de esta litis, fue desestimado por el sentenciador en lo que hace relación al estado mental de Manuel Vicente Cortés. Pero conviene hacer notar que esa desestimación no va al hecho de haber presenciado dicho testigo la lectura del testamento o el conocimiento de las disposiciones testamentarias de que hizo el testador sabedor al Notario y los tres testigos del acto; porque es un hecho aceptado por ambas partes el de que el testigo Tello estuvo presente en el acto en que el testador Cortés dio a conocer sus disposiciones; que el testigo oyó su lectura, y que en tal carácter firmó, aunque no estuviera presente en la redacción de todo o parte del testamento. Con esta salvedad debe entenderse el concepto del Tribunal en el rechazo de la declaración de Tello.

En cuanto a la declaración de Bernardo Salamanca, ya se ha visto en el análisis que hace el Tribunal de ella, que está conforme con lo que reza el instrumento público autorizado por aquél en tal carácter. Esta apreciación del Tribunal es correcta, porque aunque en la declaración extrajudicial rendida por este testigo el doce de julio de mil novecientos veintiocho ante el Juez Municipal de Andalucía, parece haber dicho que había oído decir a Manuel Vicente Cortés que el testamento "no era su última voluntad," al ratificarse dicho testigo en esa declaración la aclaró expresando que el testador, preguntado por el Notario, contestó que el testamento "es corriente o así es." Este testigo dice que él no presenció la redacción del testamento, pero que al leerle el testamento al testador, éste dijo lo que antes se ha expresado. De modo que no es exacto que Tello y Salamanca no presenciaran la lectura del citado testamento. Ninguna objeción se ha hecho en cuanto a la asistencia del Notario que autorizó el testamento y a la del otro testigo instrumental, Calero. Ambos declaran en un todo de acuerdo con lo que dice el instrumento público que contiene el testamento de Manuel Vicente Cortés. Si, pues, todos los testigos instrumentales y el Notario estuvieron presentes en el acto mismo en que el testador dio a conocer sus disposiciones y en el mismo lugar, se cumplió en el caso lo que exigen los artículos 1072 y 1074 del Código Civil. El cargo de error en la interpretación de ellos, formulado por el recurrente, no prospera.

c) Violación del artículo 1118 del Código Civil.

Se hace consistir la violación de este precepto legal en que el testamento de Manuel Vicente Cortés fue obra del Notario, porque el testador no podía manifestar su voluntad, a causa de la gravedad en que se encontraba, y que lo había llevado a la inconsciencia, sino que fue obra automática o de señas.

Se considera:

No aparece que el testamento de Manuel Vicente Cortés hubiera sido redactado en el mismo acto del otorgamiento, o sea en la noche del diez y ocho de julio de mil novecientos veinticinco, para que se tratara del caso contemplado en la disposición que se considera violada por el Tribunal. Las declaraciones aducidas por la parte demandante expresan que el testamento fue redactado

en las horas del día diez y ocho de julio de mil novecientos veinticinco. Pudo en tal redacción intervenir el Notario, porque la ley no lo prohibe, sin duda porque en esa intervención el Notario conoce mejor lo que el testador dispone. Además, como dice el Tribunal, es inverosímil que un testamento en que se consignaron tántos detalles, que sólo podía conocer el testador, fuera obra del Notario. También pudo el Notario hacer preguntas al testador en el acto del otorgamiento del testamento, a fin de que diera a conocer mejor sus disposiciones, desde luégo que el testamento había sido escrito previamente, y precisamente por el estado de aguda enfermedad en que se encontraba el testador para que las reafirmara. Tampoco ordena la ley que sea precisamente el testador quien, leyendo el testamento, dé a conocer sus disposiciones, pues permite que el Notario lo lea o alguno de los testigos que el testador designe. Lo esencial, como se ha dicho, es que el testador diga de modo claro ante el Notario y testigos instrumentales, en un solo acto, que las disposiciones leídas en éste expresan su voluntad. Ahora: no dicen los testigos citados por el recurrente que el testador Cortés declarara que las disposiciones leídas por el Notario no eran la voluntad del primero, sino que lo declaró con gran dificultad, por el estado en que se encontraba, lo cual es distinto. El mismo testigo instrumental Tello dice que "cuando el testador hablaba sus palabras eran claras" (folio 15, cuaderno de pruebas del demandante). El testigo instrumental Salamanca dice (folio 18 ibidem), que el testador se daba cuenta de lo que hacía; y al ratificarse en su declaración, rectificó lo que había dicho antes, y expresó que al oír leer el testador el testamento dijo que "era corriente," no por simples señales de afirmación. Con más detalles declara el mismo hecho el Notario Salamanca. El testigo Calero confirma también lo que expresa el instrumento público que contiene el testamento. Luego no puede reconocerse que el testador Cortés hubiera dado a conocer su última voluntad únicamente por señales afirmativas, y que se hubiera violado por el Tribunal el artículo 1118 del Código Civil.

Con apoyo también en la causal primera se alega violación del artículo 607 del Código Judicial, por error de hecho y de derecho en la apreciación que el Tribunal hizo tanto de la prueba testimonial que adujo la parte actora para demostrar sus pretensiones, como por la parte demandada.

El cargo puede resumirse así:

a) Con las declaraciones de los testigos Tello, Vélez Moreno y Ranjel se demostró que el testador no se encontraba en su sano juicio al momento de testar, porque en ese instante era víctima de aguda y mortal enfermedad que con el dicho de los testigos citados y el de Salamanca, se demuestra que éste y otro de los testigos, Rafael Tello, no presenciaron el testamento en todas sus partes; que el testamento de Cortés fue obra del Notario y de los albaceas, no habiendo sido aprobadas por el testador sus disposiciones sino por signos incoherentes; que por haber desechado el Tribunal las mencionadas declaraciones que concuerdan en circunstancias de modo, tiempo y lugar, que hacen plena prueba, viola el artículo 607 del Código Judicial, e incurre en error de derecho manifiesto.

Se considera:

Ya se vio que el Tribunal, en el pasaje transcrito de su sentencia, apreciando los testimonios aducidos por la parte actora, desestimó el del testigo Moreno, por aparecer de varias declaraciones que no estuvo presente en el acto del otorgamiento del testamento, y la del testigo instrumental Tello, en cuanto se refiere a las condiciones mentales del testador, y que por ello las declaraciones de los testigos Ranjel y Vélez se hacían sospechosas. La recurrente no ha demostrado el error evidente de hecho en que incurriera el Tribunal al hacer su apreciación en esa forma de tales declaraciones, y es sabido que mientras este error no se compruebe, subsiste la apreciación soberana que hace el sentenciador. Además, los puntos materia de este cargo quedaron ya contestados al estudiar los cargos anteriores. El testigo Rafael Tello dice que no oyó leer la parte del testamento que contiene la institución de los albaceas, porque cuando él llegó ya se había empezado el otorgamiento del testamento; pero aparte de que no se sabe lo que el testigo entendiera por ese otorgamiento, y que bien puede referirse a falta de prueba evidente en contrario, a la redacción del testamento, que fue en varias horas anterior a su lectura, es inverosímil que no oyera o que no se fijara en la institución de los albaceas, ya que ésta figura casi al final del respectivo instrumento, bien puede ser una desatención del testigo, y por esta sola circunstancia no puede desatenderse su testimonio para los efectos de la disposición que se acusa. No está, pues, plenamente acreditado el cargo.

Violación del artículo 1352 del Código Civil, numeral 3° del artículo 599, y artículo 15 del Código Judicial.

Los fundamentos de este cargo pueden resumirse así:

b) El Tribunal estimó infirmadas las declaraciones de los testigos presentados por la parte actora con los testimonios del Notario que autorizó el testamento cuya nulidad se discute, y con las de los testigos Libreros y Zúñiga, nombrados albaceas, sin tener en cuenta que todas estas personas tenían interés en mantener la validez de dicho testamento: el Notario, para librarse de responsabilidad legal, y los albaceas, porque además del interés que les resulta del cargo de tales, figuran como demandados en el juicio.

Se considera:

Pudo el Tribunal haber violado, como lo sostiene el recurrente, los artículos 1352 del Código Civil y numeral 3° del artículo 592 del Código Judicial, y el artículo 315 de este mismo Código Judicial, al dar valor probatorio a las declaraciones de los albaceas Zúñiga y Libreros, por ser parte demandada en esta causa; pero ese error no es suficiente para casar el fallo, porque éste no se funda únicamente en esas declaraciones, sino en la del Notario y testigos instrumentales, y contra éstas no pueden prevalecer las de Ranjel y Vélez, aducidas por la demandante, aunque se tuvieran en cuenta.

Por lo que hace al cargo contra la declaración del Notario, tampoco se ha demostrado que éste tenga interés alguno en la validez del testamento; pues no consta que se le hiciera asignación alguna que lo favorezca o a sus parientes inmediatos. El hecho de que sostenga la validez del testamento, para librarse de responsabilidad, no es causal establecida por la ley para invalidar su testimonio, dado de acuerdo con las prescripciones legales y en ejercicio de sus funciones. Si así fuera, nunca podría declarar el Notario, después de otorgado un testamento o cualquiera escritura, lo que es inadmisible.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia de fecha once de septiembre de mil novecientos treinta, dictada por el Tribunal Superior de Buga en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Secretaría y por medio de la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI——Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Cali el doctor Luis R. López como apoderado de la señora Angela Lozano viuda de López, demandó al señor Enrique Rengifo O. y a las señoras Mercedes y María Borrero para que mediante la tramitación de un juicio ordinario se hiciesen por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la señora Angela Lozano viuda de López es dueña exclusiva de un lote o solar de tierra, ubicado en el barrio de San Pedro, de esta ciudad, y situado en la carrera tercera, entre calles 10 y 11, el cual mide 23 metros de frente por 19 metros de centro, y se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Norte y por el Occidente, con propiedad que perteneció al señor José María Sierra S., después a sus herederos, y en la actualidad a los señores Ezequiel Hoyos y Di Doménico Hermanos; por el Oriente, con casa de la señora Manuela López Lema; por el Sur, con la carrera tercera de esta ciudad.

"Segunda. Que los demandados están en la obligación de entregar a mi mandante, señora Angela Lozano viuda de López, el lote de terreno especificado en el punto anterior, dentro del término que usted señale.

"Tercera. Que los demandados están en la obligación de pagar a mi mandante los frutos naturales y civiles percibidos y los que hubieren podido percibirse con mediana diligencia y economía durante el tiempo que han retenido y sigan reteniendo el mencionado lote de terreno.

"Cuarta. Que los demandados están en la obligación de indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios que en el mencionado lote de terreno hubieren causado.

"Quinta. Que deben pagar las costas del juicio si su temeridad llegare hasta afrontar la litis."

Fundó esta demanda en los artículos del Código Civil que consagran la acción reivindicatoria, y en los hechos que a continuación se copian:

"1º Por escritura pública número 159, otorgada ante el Notario primero de este Circuito el cinco de julio de 1890, la señora Matilde Pineda viuda de Pugliese, vendió a la señora Margarita Barona E., un solar o lote de tierra que había comprado al señor doctor Belisario Palacios por escritura pública número 160 de 23 de julio de 1884, otorgada también en la misma Notaría primera. Dicho lote de terreno o solar, ubicado en el barrio de San Pedro, midiendo treinta y una varas por el frente por veintidós de centro, colindaba con propiedades entonces de los siguientes dueños: por el Norte y Occidente, con una vega del río Cali, perteneciente al señor doctor Jaime Córdoba; por el Oriente, con casa de la señora Matilde Pineda viuda de Pugliese; y por el Sur, calle por medio, con casa de la señora María del Carmen Caicedo.

"2º Este lote de terreno que se encuentra especificado y alinderado en el punto anterior, es el mismo que con la numeración se encuentra distinguido con el (sin número) de la carrera tercera, entre calles 10 y 11, y que en virtud de la mutación o transferencia de la propiedad raíz, se encuentra comprendido dentro de propiedades de las siguientes personas: por el Norte y por el Occidente, con propiedad que perteneció al señor José María Sierra S., a sus herederos después de la muerte de éste, y en la actualidad a los señores Ezequiel Hoyos y Di Doménico Hermanos; por el Oriente, con casa de la señora Manuela López Lema, y por el Sur, con la carrera tercera de esta ciudad.

"3º A la muerte de la señorita Margarita Barona E., adquirieron la propiedad de que se habla en los puntos anteriores, las señoras Mercedes Peláez y Ursulina Caicedo, en virtud de la adjudicación que se les hizo en la sucesión de la señorita Margarita Barona E., la cual se arregló debidamente y se protocolizó en la Notaría primera de este Circuito.

"4º Por escritura pública número 494 de 7 de diciembre de 1898 de la misma Notaría Primera del Circuito, las señoras Mercedes Peláez de Barona y Ursulina Caicedo de Gaviria, autorizadas, y con el consentimiento de sus esposos, los señores Cipriano Barona y Ernesto Gaviria, vendieron al señor Benito López el lote de terreno o solar de que se habla en los puntos anteriores.

"5º En la causa mortuoria del señor Benito López, la cual se encuentra debidamente arreglada y protocolizada en la Notaría primera de este Circuito por la escritura pública número 953 de cuatro de agosto del presente año, se adjudicó a la mandante señora Angela Lozano viuda de López, el lote situado en la carrera tercera y actualmente alinderado así: por el Norte y Occidente, con terreno de los herederos de José María Sierra S., (hoy de Ezequiel Hoyos y Di Doménico Hermanos); por el Sur, la carrera tercera; por el Oriente, con propiedad de Manuela López Lema.

"6º El señor Benito López era un hombre demasiado bueno, cualidad que por ser su hijo no debo callarla, una vez que todo el mundo se la reconocía, y permitió que la señora Modesta Borrero y sus hijas Mercedes y María Borrero vivieran en un rancho que había en dicho lote, permitiendo al mismo tiempo que para su comodidad hicieran estas mujeres una construcción ligera, mejorando así su manera de vivir.

"7º Nunca, ni Modesta Borrero ni sus hijas Mercedes y María Borrero pretendieron adueñarse del lote de terreno donde vivían en vida de mi padre, señor Benito López, a quien siempre atendían y agradecían sus favores. Tanto a mi padre como a toda persona, confesaban que el señor López era el dueño del terreno.

"8º Por su parte el señor Benito López ejercía sobre el terreno actos de señor y dueño. Dentro de ese lote tenía una ramada con maderas y de allí sacaba y allí metía las que necesitaba para sus construcciones. También pa-

gaba mi padre los impuestos municipales que gravaban al tántas veces mencionado lote de terreno.

"9º Murió mi padre en el mes de octubre del año de 1925, y entonces personas poco honorables, amigas de lo ajeno, e incapaces de hacer fortuna por medio del trabajo honrado, aconsejaron mal a Mercedes y María Borrero, hijas de Modesta Borrero, haciéndoles creer que debían llamarse dueñas de lo que ante los ojos de la ley, de la moral y del público, perteneció siempre al señor Benito López.

"10. Por lo anterior, se han negado las Borreros a entregar el lote de terreno a los herederos del señor Benito López, y pretenden crear título, entregando escritura de venta de ese lote a uno de sus compañeros y consejeros, señor Enrique Rengifo O., quien se ha prestado para ficticiamente figurar como comprador del lote de terreno, que bien sabe Rengifo a quién pertenece.

"11. Los malos consejos también han hecho perjurar a Mercedes y María Borrero ante el Juez primero del Circuito y confesar lo que todo el mundo sabe, o sea, que el negocio de compraventa que celebraron con Enrique Rengifo O., y en el cual a sabiendas del supuesto comprador le vendieron lo ajeno, es ficticio, pues, en esas posiciones, dijeron las Borreros, que era de su propiedad el lote de terreno ajeno, que si hubiera sido propio, tampoco les pertenecía, porque lo habían vendido."

La demanda anterior fue corregida en el sentido de dirigirla también contra el señor Emilio Franco S., comprador del terreno materia de la reivindicación.

Contestó la demanda el personero de las Borreros negando la mayor parte de los hechos y oponiendo las excepciones de prescripción adquisitiva extraordinaria, carencia de acción, ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora, y nulidad del título, base de la demanda.

El Juez del conocimiento falló así la controversia:

"Primero. El lote de terreno comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte y Occidente, con terreno que fue de los herederos del señor José María Sierra S., hoy de los señores Ezequiel Hoyos y Di Doménico Hermanos; Sur, con la carrera tercera, y Oriente, con casa de la señora Mercedes López Lema, pertenece en su dominio y propiedad a las señoras María y Mercedes Borrero, hijas de Modesta Borrero, en virtud de prescripción extraordinaria de más de treinta años.

"Segundo. Que la señora Angela Lozano viuda de López no tiene derecho alguno sobre el mencionado lote de terreno; y

"Tercero. Se condena en costas a los demandantes."

Esta sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Cali, que resolvió lo siguiente:

"A) La señora Angela Lozano viuda de López es dueña del lote de tierra o solar materia del este pleito; lote ubicado en el barrio de San Pedro, de esta ciudad, y situado en la carrera tercera, entre calles diez y once, el cual mide veintitrés (23) metros de frente por diez y nueve (19) metros de centro, y se encuentra comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Norte y por el Occidente, con propiedad que perteneció al señor José María Sierra S., después a sus herederos, y en la actualidad a los señores Ezequiel Hoyos y Di Doménico Hermanos; por el Oriente, con casa de propiedad de la señora Manuela López Lema; y por el Sur, con la carrera tercera de esta ciudad';

"B) Emilio Franco S. entregará al demandante, dentro del tercero día, el inmueble descrito en el punto anterior;

"C) El mencionado Franco pagará a la actora los frutos naturales y civiles del inmueble susodicho, a partir de la fecha en que denunció el pleito a Enrique Rengifo; el monto de estos frutos se fijará en juicio separado.

"D) Absuélvese a los demandados del cargo relativo a los perjuicios, y se les condena al pago de las costas de la primera instancia.

"Sin costas en la presente."

Contra este último fallo el apoderado de las señoras Borreros interpuso recurso de casación que la Corte admite por estar ajustado a las prescripciones legales, y procede a decidir en el fondo.

El personero de las recurrentes ante el Tribunal alega la segunda causal de casación, porque dice que la parte actora no invocó en la demanda el artículo 971 del Código Civil, que fue uno de los fundamentos de la sentencia. Verdad—sigue diciendo—que en la exposición de los hechos sexto y séptimo se expresa que el señor López dio permiso a Modesta Borrero y a las hijas de ésta, María y Mercedes, para que vivieran en ese lote de terreno e hicieran allí su vivienda, y que las mentadas Borreros nunca pretendieron antes de la muerte del señor López, adueñarse de ese lote y siempre reconocieron a López como dueño de él; pero el haber dicho esto en la narración de los hechos no significa que en el derecho haya sido invocado lógicamente, ya que no lo fue de modo expreso el referido artículo 971, comoquiera que son cosas muy distintas los hechos en que se funda una demanda y el derecho que se invoca como causa o razón de la parte petitoria de la misma. Pues bien, concluye, a pesar de lo dicho, el Tribunal no sólo invocó el artículo 971 del Código Civil, sino que, basado en él, considera a las demandadas como meras tenedoras del terreno disputado. Es decir, la sentencia no está en concordancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en la demanda y en la contestación, por haber resuelto sobre el punto a que se refiere el artículo 971, punto que no ha sido materia de la controversia.

Se considera:

Consiste la causal segunda de casación en la discrepancia entre lo pedido en la demanda y la parte resolutoria de la sentencia, y en el caso presente hay conformidad perfecta entre lo pedido y lo fallado, pues se estableció la acción reivindicatoria de un lote y la sentencia accedió a la reivindicación.

Por otra parte, el haber expuesto en la narración de los hechos circunstancias que hacen aplicable el artículo 971 del Código Civil, sería motivo suficiente para autorizar la decisión, aunque no se haya señalado la referida disposición legal, pues toca a los Jueces, en presencia de hechos comprobados, aplicar el derecho.

Causal primera.

El apoderado del recurrente ante el Tribunal acusa la sentencia por la primera causal y sostiene que se ha quebrantado el artículo 762 del Código Civil, porque sus mandantes María y Mercedes Borrero y su madre Modesta Borrero "han tenido en su poder, con ánimo de

dueñas, durante más de treinta años, de modo público y tranquilo, no interrumpido, sin reconocer ajeno dominio, el lote de terreno que es materia de la reivindicación y las casas que en él hay, y sin embargo la sentencia les niega el carácter de poseedoras de ese terreno y de esas casas. El artículo 778 del Código Civil, porque mis mandantes alegaron en la contestación de la demanda, y luégo en todo el juicio no sólo su posesión sino la de su madre Modesta Borrero, agregando ésta a aquélla, y sin embargo la sentencia no toma en cuenta, a pesar de estar probadas ambas posesiones, sino la ejercida por Modesta Borrero. El inciso 2º del artículo 762 del Código Civil, y en armonía con éste el artículo 66 del mismo Código y el 578 del Código Judicial, porque probado que las Borreros han tenido con ánimo de señor y dueño ese terreno, y las citadas casas por más de treinta años, de modo tranquilo, no interrumpido y público, les favorece la presunción legal de que aquél inciso segundo habla, por lo cual era de cargo de la parte demandante presentar las pruebas de la no existencia de tal posesión para desvanecer la mencionada presunción legal, y sin embargo la sentencia desconoció la existencia de esa obligación a cargo de la parte actora y echó la carga de la prueba a cargo de la parte demandada, a cuyo favor existe la expresada presunción legal, fundándose para ello en el hecho de haber opuesto mis mandantes la excepción, por lo cual aplicó al caso en cuestión la parte segunda del artículo 542 del Código Judicial, por obra de la confusión que en seguida expreso, lo que condujo también a la violación del artículo 543 del Código Judicial, como lo anotaré más adelante."

Dice el recurrente que sus mandantes, por estar en posesión del solar que se reivindica, tienen a su favor la presunción de dueños que señala el artículo 762 del Código Civil.

"En tal situación, agrega, será de cargo del actor, que va contra un estado de derecho constituído por esa posesión, probar que ésta no ha existido, y será de cargo del poseedor que alega la prescripción, probar que su posesión ha durado el tiempo necesario. En el presente caso mis mandantes han tenido la posesión del lote de terreno reivindicado y de las casas, porque está probado que han tenido en su poder ese terreno y esas casas con ánimo de señor y dueño; esa posesión, ese estado jurídico, creó en favor de aquéllas la presunción legal del inciso segundo del artículo 762 del Código Civil, y en lo que a ella se refiere echó a cargo de la parte actora la carga de probar que tal posesión no ha existido sino la del señor Benito López y de los sucesores de éste sobre las mismas cosas; fundadas en esa posesión, mis mandantes alegaron haber adquirido por prescripción el dominio sobre los bienes demandados, alegación que echó a su cargo la obligación de probar que tal posesión la habían tenido durante el tiempo necesario para prescribir, probada como estaba la posesión. A pesar de todo esto el Tribunal echó a cargo de mis mandantes toda la carga de la prueba desconociendo aquella presunción legal y sus efectos jurídicos, violando, como queda dicho, por este concepto, el inciso segundo del artículo 762 del Código Civil. También ha sido violada esta disposición y con ella todas las demás que se encuentran en el Título VII del Libro 2º del Código Civil, pertinentes al asunto y relacionadas con aquélla, porque en el juicio quedó probado que durante más de treinta años mis mandantes y su madre Modesta Borrero han tenido en su poder, con ánimo de señor y dueño, el terreno materia de la reivindicación y las casas que allí hay, es decir, que han sido poseedoras de tales bienes; y sin embargo la sentencia prescinde de ese carácter de las demandas, y sin prueba alguna al respecto las considera como meras tenedoras de los expresados bienes, de donde proviene la indebida aplicación que el Tribunal hace del artículo 971 del Código Civil, como se verá más adelante."

Considera la Corte que como las demandadas opusieron la excepción de prescripción extraordinaria, a ellas incumbe la prueba de los elementos que constituyen ese título, es decir, haber poseído la cosa sin interrupción durante treinta años.

Ahora, es evidente que quien pretende adquirir por prescripción, está obligado a probar, por los medios que la ley señala, la posesión y el tiempo de ella.

El Tribunal desechó la prueba de la posesión por el lapso de treinta años, analizando las declaraciones de testigos aducidas para establecerla, y es preciso estudiar si en ese análisis incurrió en errores de hecho y de derecho, para llegar a una conclusión contraria a la contenida en el fallo.

Esa acusación la formula detalladamente el apoderado de los recurrentes ante la Corte, del modo siguiente:

"**Aparicio Figueroa.** Este testigo, que declara haber visto a Modesta Borrero desde 1890 y en seguida a Mercedes habitando, no satisface al Tribunal, 'porque ignora si construyeron edificio y si han ejecutado actos de dominio.' Estas son las palabras de la sentencia. Y el testigo (cuaderno 2º, folio 7º), después de declarar sobre el conocimiento del lote identificándolo, declara sobre su conocimiento personal de Modesta Borrero desde 1890, porque ella, lavandera de profesión, 'lavaba la ropa de la casa del declarante.' Agrega el testigo al responder la pregunta 4ª: Que le consta, 'por conocimiento personal, que la señora Modesta Borrero vivió desde el año de 1890 en el lote de terreno...' Este testigo advierte que no le consta que las Borreros edificaran, repararan, cercaran, ni de qué manera adquirieran. De que esto no le conste, ¿puede acaso deducirse que no le conste lo demás sobre lo cual tan categóricamente declaró? En manera alguna. Sin embargo, el Tribunal desecha este testimonio, a pesar de que el testigo al concretar nuevamente sus percepciones, dice a la pregunta 5ª: 'que lo único que le consta, **por conocimiento personal**, como ya lo dijo en la pregunta anterior, **es que las conoció viviendo allí en ese lugar desde el año de 1890.**' (El subrayado es mío)."

"**Ramón Collazos** (folios 9 y 10, cuaderno 2º). De esta declaración hace el Tribunal este resumen: 'Lo mismo que el anterior, en sustancia, con la diferencia de aseverar que Modesta murió en 1922.' Este testigo dice que le consta que Modesta, junto con sus hijas Mercedes y María, vivió allí desde 1896 hasta 1922, en que murió, y después las hijas han seguido viviendo allí hasta el presente. No sabe si ellas construyeran las casitas allí existentes; pero nunca vio a don Benito López ejercitando actos de dominio. Repreguntado, declara no constarle que ellas, hayan poseído, con ánimo de dueñas, por acto distinto de habitar, contesta que nó, 'pues que **únicamente las ha conocido viviendo allí.**' Y repreguntado sobre lo estrecho de sus relaciones con ellas, con el fin evidente de inhabilitarlo en lo tocante a no constarle acto alguno

de dominio del señor López, contestó que no son estrechas sus relaciones con ellas y no le consta lo dicho: 'no sabe si don Benito López haya ejercido o nó actos de dominio sobre el lote de terreno y sobre las casitas construídas sobre dicho lote.' El testigo, como se ve al comienzo de su declaración, afirma haber visto allí a Modesta desde 1896; y se le repregunta exigiéndole la hora precisa en que por primera vez en su vida viera a Modesta, a lo que hubo de responder: 'Que no puede precisar la fecha en que por primera vez vio a Modesta Borrero ocupando las casitas.....' De que el declarante no viera actos distintos de los que corresponden a una habitación, aunque sí vio por más de treinta años continuos a Modesta y sus hijas habitando allí, deduce el Tribunal, que este testimonio no sirve para acreditar la posesión de los treinta años largos invocada por las demandadas."

"**Leopoldo Quintero**. Su declaración forma los folios 10 y 11 del cuaderno 2º La analiza el Tribunal al folio 115 del cuaderno 1º Este análisis pasa de injurídico a cruel. Ninguna declaración valdría jámás nada si semejante análisis fuese aceptable. Si la ley lo permitiera, incurriría en espantable contradicción al no abolir con franqueza la prueba de testigos. Veámoslo.

"Dice Quintero: Que **le consta y sabe** que Modesta y sus hijas han poseído por más de treinta años el lote en referencia, **'viviendo en las casitas por ellas construídas en dicho lote** y ejercitando sobre él actos de dominio, tales como construcción de cercas, reparaciones necesarias y locativas en el mismo lote.' En este estado se presenta el abogado del demandante a repreguntar al testigo: ¿Qué edad tiene usted? Cincuenta y seis años, responde. Se escapó de aparecer con menos edad de la que el abogado halló necesaria para infirmar lo que a Quintero le constara por treinta años, lo que ha visto. ¿En qué fecha conoció (sic) por primera vez a Modesta habitando ese lote? Contesta Quintero: la conocí en el año de 1894, en que empecé a trabajar en los bajos de don Ulpiano Lloreda. Se escapó así Quintero de que su declaración cayese por no haber podido precisar esa fecha; pero a juicio del señor abogado, cayó en el enorme dislate de hablar de treinta años, habiendo muerto Modesta en 1922; de ahí que le pregunte sobre esta discrepancia, a lo que Quintero repuso que conoció a Modesta habitando el lote desde 1894; pero que no puede afirmar que lo ocupara por tiempo determinado. Esto significa, encadenando, como es de rigor, cada eslabón con el precedente y con el siguiente, y **no empezando el credo por Poncio Pilatos**, que aunque no resulten treinta años entre 1894 y 1922, siempre es que él la vio habitando el lote desde 1894. Y como, además, el testigo no habla exclusivamente de Modesta, sino también de sus hijas, ninguna contradicción afea su testimonio respecto de cifra de años, porque (comenzando su conocimiento y visión de las cosas en 1894), hubiera muerto Modesta en 1922. Repreguntado sobre qué otros hechos posesorios les vio, dice que los ignora. **Pero esto no significa que ignore que desde 1894 las ha visto habitando** (a Modesta y a sus hijas, las que no han muerto aún, y por tanto han ejercido posesión después de la muerte de Modesta). Declara que no le consta quién construyera las casitas. Pero esto no obsta a la constancia personal del testigo sobre el antedicho lapso en que vio a Modesta y sus hijas poseyendo, es decir, habitando. Y esto es lo esencial. **Para que al testigo le conste y sepa que ellas moraban allí por todo ese tiempo, que es lo esencial y lo suficiente, no era necesario que supiese quién construyó esas habitaciones.** Ni la contradicción—demos por sentado que lo es—en que incurriera al afirmar sobre construcción y otros actos posesorios distintos de habitar, puede reputarse como infirmación de que **las vio habitando,** y que ello fue, tanto por lo relativo a Modesta y sus hijas primero, y después, muerta ella, por lo que hace a las hijas, desde 1894 hasta la fecha de la declaración. Con todo—repito—el Tribunal desecha esta prueba, y no simplemente como las declaraciones anteriores, sino declarando ésta en el caso del artículo 610 del Código Judicial."

"**Jorge Carvajal** (cuaderno 2º, folios 11 vuelto a 13), dice que 'sabe y **le consta por conocimiento personal,** que la referida señora Modesta Borrero V. **habitó por más de treinta años, al propio tiempo que también habitaban sus hijas,** el lote de terreno de que habla la pregunta segunda, **viviendo en las casitas por ellas construídas en dicho lote,** ejercitando actos de dominio tales como la construcción de cercas, reparaciones necesarias y locativas en el mismo lote y casitas,' concluye ésta respuesta así, como corrigiendo tan amplio concepto: 'pero que al declarante no le consta que la señora Modesta y sus hijas hayan **poseído** el referido lote de terreno por tiempo alguno.' Se preparaba así, cauteloso, al contrainterrogatorio consabido. El señor abogado del demandante le pregunta quién ha pagado los impuestos en los últimos veintiocho años. El testigo no lo sabe. El señor abogado le pregunta sobre hechos distintos de posesión, al de habitar, y el testigo responde que **la única manifestación que le consta es la de haber arrendado** (Modesta y sus hijas), **por algún tiempo a una señora de Popayán una de las casitas.** Repreguntado sobre mejoras, responde: Que no le constan mejoras distintas de las indispensables para poder habitar las casitas. Repreguntado cuándo conoció (sic) 'en qué fecha,' dice el señor abogado, a Modesta habitando las casitas, dice el testigo que el 24 de septiembre de 1895. Llamándole la atención sobre que, muerta ella en 1922, no caben entre las dos fechas treinta años, dice el testigo que no puede afirmar que Modesta poseyera por treinta años, como lo dijo en otro lugar, porque ignora la fecha de su muerte. Al preguntarle sobre título, dice que no sabe a qué título habitaran Modesta, Mercedes y María Borrero las casitas existentes en el lote. Vuelto el contrainterrogatorio sobre fechas, responde: que no le consta que poseyeran como dueñas sino que vio a Modesta habitando desde 1925, sin precisar hasta cuándo por ignorar, como ya se vio, la fecha de su muerte, y que después ha visto habitando allí a sus hijas: 'últimamente he visto a sus hijas Mercedes y María Borrero habitándolo,' son sus palabras. Sobre actos de dominio por parte de don Benito López, ninguno vio el testigo; repreguntado, responde que no le consta que no los hubiera. Sobre cuál sea el dueño, dice que creía que el General Lucio Velasco, por haber éste construído unas paredes en el mismo lote. Otro tanto dice este testigo en su segunda declaración, afirmando, además, actos de dominio como construcción de cercas, reparaciones necesarias y locativas; e insistiendo lo de no poder precisar lo de los veinte años de posesión por Modesta, por ignorar el día de su muerte; y volviendo por esta misma razón, a lo antedicho sobre no constarle lo relativo a que la posesión durara todo ese tiempo."

"El Tribunal desecha esta declaración, repitiéndolo el cargo hecho a la de Quintero (véase el folio 105 vuelto, del cuaderno principal), por lo de contradicción notable (?) y porque 'no dice que Modesta y sus hijas poseyeran el solar, sino simplemente que vivían en él, y no es lo mismo **vivir** que **poseer**.' Así se lee en la sentencia del Tribunal al folio que acabo de citar. Confieso que he tenido que releer este cargo varias veces para poder cerciorarme de que lo formula un Tribunal Superior efectivamente."

"**Jacinto González** (cuaderno 2º, folios 16 y 17), dice que le consta por conocimiento personal, que por más de treinta años vivió Modesta y también vivían Mercedes y María, sus hijas, en esa casa; pero que no le consta que la construyeran ellas ni que ejercieran otros actos de dominio. El señor abogado del demandante les pregunta la fecha precisa de cuándo las vio por primera vez, cuándo la última, qué día murió Modesta, y no pudiendo precisar así uno a uno tales días (como es lo natural y frecuente), le dice el señor abogado que porqué afirma lo de los treinta años, y el testigo responde que no puede precisar el número de esos años, pero que por los recuerdos que tiene, calcula que son más de treinta. Repreguntado para que distinga entre habitar y poseer, dice el testigo que no le consta que hayan ellas poseído, sino que, por tiempo que calcula en más de treinta años, las ha visto habitando.

"Y el Tribunal desecha esta declaración, cual si nada dijese de lo pertinente a posesión, porque responde que **calcula** que los actos que ha visto han durado más de treinta años."

"A **Manuel Gutiérrez** (cuaderno 2º, folio 17), le consta y sabe, por dicho de una de las inquilinas, que las Borreros alquilaban una de las casitas. Y el Tribunal desecha esta declaración porque Gutiérrez advierte que no presenció los pagos de los cánones, ni que se hicieran a las Borreros, ni que éstas los fijaran, sino que conceptúa que la fijación la harían ellas como arrendadoras que eran."

"**Manuel María Umaña** (folio 17 vuelto a 19 ibídem), dice que sabe y le consta **por conocimiento personal y directo, que Modesta, y al propio tiempo sus hijas Mercedes y María poseyeron por más de treinta años el lote** e igualmente le consta **que allí vivían en una de las casitas por ellas construídas**. Esta declaración tan categórica la desecha el Tribunal por el hecho, independiente, de que separadamente declare también el testigo sobre otros actos posesorios como construcción de cercas, reparaciones, etc., advirtiendo **sobre esto y no** sobre lo antedicho, que le consta por habérselo oído decir a Modesta. El Tribunal no distingue entre las dos afirmaciones separadas.

"El Tribunal incurre en el visible error de atribuir como fuente de conocimiento del testigo, el dicho de Modesta, respecto de todo lo que él declara, siendo así que sobre lo primero se basa en su conocimiento directo y personal."

De este laborioso estudio que hace el recurrente de las declaraciones de testigos y el que continúa haciendo de las declaraciones de todas las personas que fueron llamadas a declarar sobre los actos de dominio que las demandadas ejecutaron sobre el solar que es materia de la acción, concluye que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho y en error de derecho en la apreciación de los testimonios. Puntualiza los de hecho en cada uno de los reparos que hace a la manera como estimó el Tribunal cada uno de esos testimonios; los de derecho consisten en la violación del artículo 607 del Código Judicial, según el cual dos testigos hacen plena prueba, y las demandadas han aducido mucho más de dos testigos; del artículo 610, del mismo Código, dando la calidad de notable a la pequeña contradicción de detalle de uno de los testigos, el artículo 618 por no haber apreciado las declaraciones de los testigos fallecidos que fueron abonadas oportunamente.

Otro error de derecho en la apreciación de los testimonios, consiste en que el Tribunal pretende que cada testigo declare sobre la totalidad de los hechos alegados por el demandado, y en vez de ir entresacando de cada declaración aquello en que el testigo dé razón precisa de su dicho y de sus propias percepciones, desecha toda declaración en que no se testifique sobre todo lo preguntado.

De lo erróneo en la apreciación de la prueba testimonial, concluye el recurrente que el Tribunal violó los artículos 762, 946, 952, 981, 2532 y 2518 del Código Civil. Explica estas violaciones en el aparte siguiente:

"Si un poseedor se ve demandado en reivindicación por quien se pretende dueño de la casa poseída; si ese poseedor demuestra haberla poseído por el tiempo necesario para adquirirla por prescripción extraordinaria, o sea, si se trata de inmuebles, por treinta años continuos, y alega esa prescripción; si en la demostración de la posesión cumple con acreditar los respectivos hechos posesorios y su ánimo de dueño, y si el juzgador lo condena a restituír, el fallo que tal haga viola las disposiciones legales correspondientes en cuanto deja de aplicarlas (tal aquí el caso con los artículos 2518 y 2531 del Código Civil); en cuanto interpreta erróneamente esas disposiciones (tal aquí el caso con los artículos 762 y 981 del mismo Código), y en cuanto desoye lo que mandan, ya las mismas disposiciones aquí citadas entre paréntesis, ya también las demás de ese Código citadas en lista aquí formada.

Como llevo dicho, y apenas tendré para qué repetirlo, a esas violaciones ha concurrido, por su lado y en su forma ya dichas, el error, también ya especificado aquí, evidente y tanto de hecho como de derecho, en la apreciación de las pruebas."

Por su parte el apoderado del señor Emilio Franco, luégo de acoger en un todo las acusaciones del representante de las señoras Borreros, destaca el hecho de que el Tribunal exige que el elemento intencional de la posesión, o sea el ánimo de dueño, debe comprobarse por medio de testigos, sin caer en la cuenta de que tal elemento, como inmaterial que es, escapa a la percepción de los sentidos y corresponde deducirlo al sentenciador en fuerza de los hechos materiales en que se exterioriza y manifiesta.

"Que el errado concepto que dejo anotado—sigue diciendo el recurrente—informa el criterio del sentenciador, lo comprueba el hecho de que al analizar las declaraciones de los testimonios aducidos por la parte demandada, el Tribunal desecha las de Manuel María Umaña, Jacinto González y Manuel María Labrada, porque encuentra que tales testigos no dicen nada respecto de posesión, de actos de dominio, de la calidad con que ocupaban las Borreros, mágüer sus declaraciones concreten

y precisen, como concretan y precisan la existencia de hechos materiales constitutivos de posesión. Este error, que es a la vez de hecho y de derecho en la apreciación de tales declaraciones, condujo al sentenciador a la violación directa del artículo 762 del Código Civil, y consecuencialmente a la violación de los artículos 2512, 2518, 2531 del mismo Código.

El análisis que hace el Tribunal de todas y cada una de las declaraciones rendidas en el juicio para comprobar la posesión por parte de las demandadas, a más de implacable es apasionado, y por ende injurídico; todo él se funda en la creencia equivocada en derecho que sostiene el Tribunal, y que puede resumirse en esta frase que se repite varias veces en la sentencia: **"vivir no es poseer."**

Considera la Corte que en verdad el Tribunal no apreció con la amplitud del caso las declaraciones de testigos aducidas para demostrar la posesión treintenaria de las señoras Borreros en el predio que se reivindica; que es un error pretender que los testigos declaren sobre el elemento inmaterial de la posesión, el **animus domini**, que se deduce de los hechos externos, únicos sobre que pueden declarar los testigos; pero si es cierto que vivir en una casa cuya prescripción se pretende, es uno de los hechos positivos a que puede dar derecho el dominio, y que sirven, por lo mismo, para comprobar la posesión, no alcanza a constituír un error de hecho evidente la apreciación en contrario, esto es, un error de tal magnitud que pugne con la evidencia, pues el hecho de vivir en una casa, puede provenir no sólo de la condición de dueño, sino de otros motivos que constituyen al habitante en mero tenedor, y en el presente caso hay una circunstancia que aleja la evidencia del error de hecho en la apreciación de los testimonios, cuyo detenido examen hizo el apoderado de las señoras Borreros, y es que don Benito López, propietario del lote, había construído en él una ramada para depositar maderas, lo que indica que el dueño ejercía en su propiedad actos de dominio, y da asidero a pensar que toleraba, por no causarle gravamen, y más bien reportarle beneficio, el que la señora Modesta Borrero, y luégo sus hijas, habitaran en las casitas que habían construído en el solar, y lo cuidarán mientras llegaba la oportunidad de edificar en él, proyecto que dicen los testigos tenía el señor López.

El recurrente afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de los testimonios presentados por parte de la señora viuda de López para demostrar actos de posesión de don Benito López en el solar que se litiga. Dice así el autor del recurso:

"Otro error evidente en esta apreciación, que ha conducido a la violación de las disposiciones sustantivas dichas, error que, igualmente es evidente, de hecho y de derecho, tal como tengo formulado este cargo en lo tocante a las declaraciones presentadas por la parte demandada, es en el que incurrió el Tribunal y por el cual asímismo acuso la sentencia recurrida, en la apreciación de las declaraciones de los demás testigos, o sea, los presentados por la parte demandante. Al analizar el Tribunal estas declaraciones, no halla censurable que el testigo declare por habérselo oído decir al mismo interesado; ya no es rechazable su testimonio por esta causa, y ya el simple hecho de tener maderas en una enramada es acto indiscutiblemente posesorio."

"De aquí que el Tribunal diga (folio 118 frente, cuaderno principal), 'que de las pruebas de la actora se deduce que su marido estuvo muy lejos de renunciar al dominio y que consta plenamente que dentro del lote tenía una enramada, y allí objetos de su propiedad; que muchas veces **exteriorizó el propósito** de levantar edificio allí, y que ejecutó actos que no hubiera ejecutado, si realmente hubiera querido excluír de su patrimonio ese inmueble.'

"Y como si no fuera suficiente lo dicho para un Tribunal que no admite que un testigo hable del ánimo de dueña de Modesta Borrero, por habérselo oído decir a ella, agrega, ya al tratarse de don Benito López, que es **harto inverosímil** que tuviera esa intención (la de excluír de su patrimonio ese inmueble), 'por tratarse de terreno ubicado en sitio no repuesto de una ciudad importante.'

"Da el Tribunal por probado que don Benito López ejerció dominio, toma por prueba de tales hechos el haber en el lote la aludida enramada con objetos de él; y en esto incurre la sentencia en grave error porque esto de tener objetos en una enramada, no entra en el grupo de actos que sólo por ser dueño se ejecutan, y porque no hay pluralidad de testigos, además, que establezcan esos hechos en sí mismos.

"Y si hay contradicción entre las respectivas aseveraciones de los testigos de una y otra parte, en cuanto a dominio de las Borreros, por un lado, y del señor López, por otro, lo obligado, en ley, es optar por el mayor número, en igualdad de las demás condiciones, tal como manda la Ley 105 de 1890, en su artículo 75. No sobraría al llegar a esta consideración, recordar cuál fue la manera de contrainterrogar a los testigos de las Borreros y cómo salieron airosamente de esa grave prueba las afirmaciones veraces que ellas aducían en su pro. El error del Tribunal, en la apreciación de pruebas de una y otra parte, error que, desde este punto de vista, es de derecho y es evidente, implica olvido y desobedecimiento de ese artículo 75 y sacrificio de las disposiciones sustantivas citadas, entre ellas, principalmente—desde este punto de vista—el artículo 762 del Código Civil."

Considérase:

Los testigos declaran sobre el hecho de que el señor López había construído en el solar que se litiga un cobertizo para proteger un depósito de maderas de su propiedad, que iba sacando para sus construcciones. Aprecia el Tribunal este hecho como acto a que sólo da derecho el dominio, y ocurre que la Corte no puede declarar que el sentenciador haya incurrido en evidente, manifiesto error de hecho en esta apreciación, en tratándose del propietario del lote que ha exhibido sus títulos. Y por lo que toca a la violación del artículo 75 de la Ley 105 de 1890, es de advertir que los testimonios no son contradictorios para que tuviera aplicación dicho artículo. Bien pudieron las señoras Borreros habitar las casitas que ellas construyeron en el solar, y el señor López depositar sus maderas en otra parte de él y construír un cobertizo para protegerlas, y entonces esos actos de posesión ejercidos sobre un mismo predio por el dueño y por otras personas, hacen que la posesión no fuera exclusiva, y por lo mismo, eficaz para prescribir.

El apoderado del señor Franco hace a la sentencia este otro reparo:

"El Tribunal sentenciador incurre en error de hecho y de derecho al desestimar la prueba de confesión judicial, que aparece en autos, en referencia a la posesión del solar que se reivindica, por parte de las demandadas. En efecto: la parte demandante, tanto en la demanda formulada por ella, pero de manera especial en el alegato de conclusión de la segunda instancia, folio 84 vuelto, del cuaderno principal, hace las siguientes explícitas confesiones:

'Como resultado de lo anterior, acepto y está aceptado, desde un principio, puesto que así consta en la relación de los hechos fundamentales de la demanda, que Modesta Borrero y después sus hijas Mercedes y María Borrero, han vivido hace mucho tiempo (que para el caso es lo mismo que sean cuarenta, treinta, veinte o diez años), en el lote de terreno que se reclama, y que la ligera construcción que existe dentro de ese terreno que los testigos llaman rancho en mal estado, fue hecha por ésta y pertenece a éstas.'

"Esta terminante y enfática manifestación hecha por el señor apoderado del demandante, es la plena prueba de la posesión de las demandadas, y no había necesidad de entrar en el análisis que hace el Tribunal de las múltiples declaraciones aducidas para comprobar tal posesión, por la razón muy sencilla de que la confesión del actor, relevaba a las partes demandadas de toda comprobación distinta.

"¿Puede darse, pregunto yo a la Corte Suprema de Justicia, una manifestación externa más clásica y más definida de la posesión de una cosa que el ocuparla y vivir en ella? Es de todo punto claro que los casos que enumera el artículo 981 del Código Civil como necesarios para que la posesión se pruebe, son meros ejemplos, pero en ningún caso es ella una numeración limitativa, que excluya las causas determinantes de la posesión y de la manera de probarla. Para mí tengo por muy más eficaz, como plena prueba de la posesión de un inmueble, el hecho de ocuparlo y vivir en él que la que pueda resultar del corte de maderas o de plantaciones dentro del mismo predio."

"Mas se dirá: el arrendatario, el usufructuario, viven en la cosa arrendada o en la dada en usufructo, y sin embargo no poseen; pero la respuesta a esta objeción, la del inciso 2° del artículo 762 del Código Civil, cuando dice que el que posee se reputa dueño mientras otro no justifique serlo.

"A mérito de aquella presunción, todo aquel que alega que la posesión de determinada persona depende de un título distinto al de dueño, dará la prueba justificativa de su aserto, tal para el caso del arrendatario el contrato de arrendamiento, para el caso del usufructuario, el título constitutivo del usufructo, lo cierto es que mientras la presunción establecida por el artículo en cita, en favor del que posee, no se haya destruído, no puede considerarse y sostenerse que ella se derive de título que tenga un carácter diverso del que le resulta del de dueño de la cosa poseída.

"No lo apreció así el Tribunal sentenciador, no dio valor alguno a la prueba de confesión que se viene analizando, y con ello por error de hecho y de derecho en su estimación, violó las siguientes disposiciones legales:

"El artículo 556 del Código Judicial, porque a pesar de que esta disposición da el valor de plena prueba a la confesión judicial, el Tribunal no le dio valor alguno a la hecha por el apoderado de la señora demandante, que dejé transcrita, y porque a pesar de ella el Tribunal condenó a las demandadas a restituir el inmueble, siendo así que a mérito de la posesión así comprobada, ellas eran dueñas del mismo.

"El artículo 762 del Código Civil en cuanto el Tribunal desconoce en su sentencia la posesión de las demandadas Borreros y de mi mandante, y al desconocerla desconoce igualmente la presunción de propiedad a su favor que la misma disposición consagra y los efectos jurídicos que en relación con la prescripción adquisitiva produjo el fenómeno de la posesión.

"El artículo 2531 del Código Civil, porque estableciendo esta disposición que las cosas se adquieren por la prescripción extraordinaria, y estando comprobado que los demandados poseyeron el inmueble por el lapso necesario para adquirirlo por prescripción, no se les reconoció tal derecho.

"El artículo 946 del Código Civil, en cuanto reconoce al demandante el derecho de ejercitar la acción de dominio y por ende el carácter de dueño de la cosa demandada, siendo así que este carácter lo había perdido, pues respecto de él había sido adquirido por las demandadas.

Considera la Corte que el hecho de haber vivido las señoras Borreros en las casitas durante el lapso necesario para prescribir, en lo cual parece convenir la parte actora en el párrafo del alegato que transcribe el recurrente, no sería suficiente para infirmar la sentencia por error evidente en la apreciación de la prueba, porque, como atrás se dijo, el señor Benito López, dueño del solar cuyos títulos han exhibido sus herederos, ejercía al mismo tiempo actos del dominio sobre él, lo que induce a pensar que el dueño permitía a la señora Borrero vivir en esa propiedad, por no causarle gravamen y más bien aprovecharle el hecho de que hubiera alguien que cuidara de ese predio destinado a la construcción más tarde.

De todos modos la posesión que sobre el solar ejercían las demandadas, no era exclusiva, pues allí estaba el propietario ejerciendo actos de dominio.

Aun tratándose, no ya de controversias entre el dueño de un predio y un prescribiente que le disputa el dominio, sino de distintas personas que aspiran a prescribir, alegando para ello posesión suficiente, la Corte ha exigido que dicha posesión sea exclusiva para que pueda prosperar la prescripción. En sentencia de 21 de septiembre de 1911, dijo esta Superioridad:

"No obsta en contrario de lo que acaba de exponerse, que por medio de Francisco Restrepo Toro, Pablo y Juan José Jaramillo, como agentes o arrendatarios de los señores Navarros, ejercieran ellos posesión en el mismo terreno, durante mucho tiempo, porque para adquirir por prescripción un predio, no basta ejercer actos posesorios del suelo en algunos sitios del mismo predio, si al propio tiempo en otros se suceden actos de la misma clase, ejercitados por o en nombre de otra persona que pretende ser dueña del fundo. La posesión en este caso no es exclusiva ni puede por lo mismo conducir al dominio de todo el predio."

En la misma sentencia se cita una del Tribunal Supremo de España, de 22 de mayo de 1894, que contiene la misma doctrina, y en que se establece que "aprovechando los dos litigantes el terreno que era objeto del

juicio, ese aprovechamiento se opone a toda idea de prescripción, cuya existencia requiere, como circunstancia especial, la posesión continuada de una persona en concepto de dueño exclusivo." (Véase **Gaceta Judicial**, tomo 20, página 284).

Igual observación cabe respecto del reparo hecho sobre quebrantamiento del artículo 780 del Código Civil.

Pero el apoderado del señor Franco expresa que erró el Tribunal al apreciar la prueba tendiente a demostrar los actos de dominio que sobre el solar ejecutó también el señor Benito López, y al efecto transcribe el aparte de la sentencia en que el setenciador se refiere a esas probanzas.

Dice así el aparte transcrito:

"De las pruebas de la actora se deduce, sin embargo, que su marido estuvo muy lejos de renunciar al dominio del terreno y de abandonarlo en beneficio de las Borreros, pues consta plenamente que dentro de él tenía una ramada en que mantenía objetos de su propiedad; que muchas veces exteriorizó el propósito de levantar allí un edificio y que ejecutó actos que no hubiera ejecutado si realmente hubiera tenido la intención de excluír de su patrimonio aquel inmueble. Y que tuviera esa intención es harto inverosímil tratándose de un lote de terreno ubicado en sitio no repuesto, de una ciudad importante."

Critica el recurrente el hecho de que el sentenciador estime como acto a que sólo da derecho el dominio, el propósito que tenía el señor López de levantar un edificio en el solar que ocupaban las señoras Borreros y combate la conjetura de que se sirve el Tribunal para decir que es harto inverosímil que el señor López tuviera la intención de desprenderse de la propiedad de un lote tan bien situado en una ciudad importante.

"Como consecuencia—agrega—de la errónea interpretación de las declaraciones aducidas por el demandante con el objeto preindicado y de las que aduce el demandado para probar su posesión, porque debe notarse que en estas apreciaciones entran éstas y aquéllas, viola el Tribunal el artículo 1520 del Código Civil, dándole aplicación sin ser el caso de aplicarlo, e incurre también en el quebrantamiento de los artículos 672, 981, 2512, 2531, 946 y 950 del Código Civil, por los conceptos que se dejan explicados y comentados ya en esta demanda."

Observa la Corte que si bien es cierto que los hechos colaterales que cita el sentenciador para deducir que el señor López no tuvo la intención de desprenderse del dominio del lote, no serían suficientes para establecer los hechos positivos de posesión a que sólo da derecho el dominio, no puede negarse que sí es uno de esos hechos el haber tenido dentro del solar un depósito de maderas y haber construído un cobertizo para guarecerlas. Sin que se haya demostrado que tal depósito y construcción los hiciera el señor López con la venia de las señoras Borreros, que ocupaban también el solar con dos casitas, en una de las cuales vivían.

El apoderado de las señoras recurrentes ante el Tribunal acusa la sentencia también por haberse incurrido en error evidente de hecho en la apreciación de las escrituras que sirvieron a la parte actora para demostrar el dominio del lote reclamado desde 1890, pues ellas no se refieren, en su concepto, a un mismo lote de terreno.

"Para convencerse de ello—dice—basta observar que el terreno de que habla la escritura número 159 de 1890, estaba o está situado en la carrera primera de esta ciudad y limita al Norte y al Occidente con una vega del río; el terreno de que habla la escritura número 483 de 1898 se encuentra en otra calle de la ciudad y limita, al Norte, con el río, quedando al medio, entre éste y dicho lote, una manga del doctor Jaime Córdoba. Como se ve, cada uno de estos títulos se refiere a un lote de terreno diferente, y sin embargo el Tribunal considera que todos se refieren al mismo lote, con lo cual ha incurrido en un error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos."

Estima la Corte que tanto el Juez como el Tribunal, hallan que los títulos presentados para acreditar la tradición del dominio desde 1890 hasta la fecha de la hijuela de la señora Lozano de López, demostraban plenamente la propiedad del lote disputado, y si bien es cierto que los linderos que detallan las diversas escrituras difieren en cuanto a denominaciones de calles y otras líneas de referencia, lo que explica la actora por las mutaciones de dueños de los predios colindantes y numeraciones de las calles y carreras de la ciudad, el hecho apuntado de discrepancia de linderos no alcanza a constituír un error de hecho evidente acerca de la identidad del lote, desde luégo que no aparece la prueba fehaciente incontrovertible de que las escrituras presentadas se refieren a diversos lotes.

De otro lado esta alegación de última hora en el recurso constituye un hecho nuevo, pues no fue debatido en las instancias del juicio.

Con razón ataca el recurrente el concepto del Tribunal, consistente en afirmar que quien alega la prescripción, reconoce por ello la propiedad de la persona contra la cual se opone este medio de defensa. Pues como muy bien dice el autor del recurso, quien alega en su favor la prescripción y la deduce de una posesión ejercida durante el tiempo que las leyes determinan para el caso, afirma su posesión y nada más. Esa afirmación es contra todo el que se pretende dueño, pero sin respecto a determinada persona: no entraña, pues, el reconocimiento del dominio anterior al demandante, sino solamente la afirmación del propio dominio, como obra de la prescripción.

Pero como el fundamento del Tribunal para decretar la reivindicación estriba en la serie de títulos presentados para comprobar la propiedad del lote, el concepto acusado, que es colateral, no alcanza, aunque sea erróneo, para infirmar el fallo.

En razón 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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal de Cali el veintiséis de noviembre de mil novecientos veintiocho, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En el juicio ejecutivo que Ricardo Carazo seguía contra Antonio Haydar en el Juzgado 1º del Circuito de Cartagena, el ejecutado se estimó con derecho a ejercitar la acción que reconoce el artículo 197 de la Ley 105 de 1890 contra el tercer poseedor de una finca embargada que ha logrado sacarla del secuestro. En tal virtud, Antonio Haydar entabló demanda ante el expresado Juez contra Lorenza Vásquez, para que se hiciesen estas declaraciones:

1ª Que la casa construída por el actor con sus propios recursos, en un solar de la señora Petrona Morales, no es de propiedad de la demandada Lorenza Vásquez, sino que pertenece en pleno dominio al actor. El solar dicho está situado en la calle de **La Medialuna**, de la ciudad de Cartagena, y alinderado así: por el frente, calle en medio, con casas de Andrés Hernández L. y Etelvina Pereira de Herrera; por la derecha, entrando, con casa que fue de Angela Olivo y es hoy de Arinda T. de Torres; por la izquierda, con casa de Dionisia Ramos, y por el fondo, con casa que fue de Teodoro García y es hoy de Mauricio Visbal.

2ª Que la demandada, como heredera de Petrona Morales, está obligada, para retener el terreno, a pagar al actor el valor de la casa, previo avalúo pericial, por haberse edificado ésta con propios recursos del demandante, a ciencia y paciencia de la dueña del solar, que lo era la señora Petrona Morales, representada hoy por la demandada.

3ª Que esta última señora, como heredera de Petrona Morales, está obligada a restituír al actor la casa y solar materia de esta demanda, que indebidamente posee, en el plazo legal de tres días a contar de la notificación de la sentencia, y además a pagarle la renta o canon de arrendamiento que haya percibido durante todo el tiempo que ha tenido la casa en su poder, de conformidad con las reglas legales.

4ª Que la señora Lorenza Vásquez, en su condición expresada, no es propietaria sino de la tercera parte del solar arriba expresado, tal como queda alinderado, pues las otras dos terceras partes pertenecen a Santiago y Elena Barrios, según consta en la escritura número 325 de 27 de agosto de 1891.

5ª Costas.

Como fundamentales de la demanda se expresan los siguientes hechos:

a) Que Antonio Haydar construyó con sus propios recursos la casa situada en la calle de la **Medialuna**, de esta ciudad, en un solar de la señora Petrona Morales, con el consentimiento expreso de ésta, y que como tal se le ha venido reconociendo como dueño absoluto y verdadero de dicha casa, según consta en las declaraciones de los señores Manuel Ríos T., Manuel Cano, Luis M. Vergara S. y Ricardo Núñez, testimonios éstos que se hallan protocolizados ante el Notario 2º de este Circuito;

b) Que en el referido solar no existía casa ni accesoria alguna y que por esa causa y por estar la señora Morales imposibilitada para hacer la edificación, le concedió permiso a Haydar para hacer la casa que en el solar expresado se encuentra construída, habiéndola edificado éste, como ya se dijo, con sus propios recursos.

c) Que la señora Lorenza Vásquez ha reclamado y obtenido dentro del juicio ejecutivo a que me referí al principio, la posesión de la misma casa y del solar donde se halla ubicada, por creerse dueña tanto del edificio como del solar, en virtud de la adjudicación del último, que le fue hecha en su calidad de heredera de la señora Morales, sin tener derecho a ellos, como se desprende de lo que dejo expuesto anteriormente.

d) Que la misma señora Vásquez se encuentra poseyendo los bienes a que aludo sin derecho para esa retención, pues se ha negado a pagar a Haydar el valor del edificio, no es dueña de todo el solar ni accede por su parte a que Haydar le abone el justo precio del terreno, a pesar de habérselo propuesto en diversas ocasiones.

e) Que de acuerdo con la escritura antes citada, número 325 de 27 de agosto de 1891, la señora Petrona Morales compró al señor Agapito Barrios, el solar, accesoria que expresa la escritura, para ella y sus dos menores hijos Elena y Santiago Barrios Morales, por terceras partes iguales, y que siendo la señora Lorenza Vásquez reconocida sólo como heredera de la Morales, es claro que sólo puede pertenecerle en propiedad la tercera parte del bien inmueble, correspondiente a su causahabiente, correspondiendo las otras dos terceras partes a sus menores hijos Elena y Santiago Barrios; y

f) Que mi mandante Haydar, desde el año de 1905, que edificó la casa, ha venido cubriendo el respectivo impuesto sobre inmuebles, como lo demuestran los recibos a su favor, extendidos por el Tesorero de este Distrito.

La demandada no dio contestación al libelo.

El Juez sentenció absolviendo a la demandada.

Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia de fecha 10 de octubre de 1929, confirmó la de primera instancia.

La misma parte interpuso casación. El recurso es admisible y se basa en la 1ª y 2ª causales.

Segunda causal.

Aduce el recurrente el motivo de incongruencia por defecto de la sentencia, defecto que consiste en no haber fallado el Tribunal respecto de la segunda acción entablada por el actor en el libelo de demanda.

Expresa ésta:

"2º Que como la casa comprendida dentro de la alinderación expresada antes, fue edificada a ciencia y paciencia de la dueña del solar, señora Petrona Morales, ésta representada hoy por su heredera Lorenza Vásquez, está obligada, para retener el terreno, a pagar a mi mandante Antonio Haydar el valor de la casa, previo avalúo que se haga por medio de peritos, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 139 (sic) del Código Civil."

Quiso el actor citar seguramente el artículo 739.

El recurrente desarrolla el cargo argumentado que como el actor comprobó en el término de prueba su derecho de propiedad, sin que fuera contradicho en el hecho por la parte demandada, era de rigor jurídico que el Tribunal hiciera la expresada declaración. El Tribunal, sin embargo, teniendo en cuenta únicamente que el dueño del suelo se hace dueño por accesión de lo que se incorpora al suelo, absolvió de todos los cargos de la deman-

da, olvidando que el dueño del suelo en este caso de accesión está obligado al pago del valor del edificio.

Se responde:

Ne dejó el Tribunal de considerar y decidir la acción 2ª de la demanda que se dejó transcrita. La sentencia, estudiando precisamente la disposición del inciso 2º del artículo 739, concluyó que era aplicable solamente cuando el constructor de un edificio en suelo ajeno ha ejecutado la obra por cuenta propia, circunstancia que, según la opinión del Tribunal, ha de aparecer comprobada por quien pretenda la indemnización de que habla aquella disposición. Al efecto analiza la prueba testimonial que adujo el actor "para comprobar que una casita accesoria edificada en el solar mencionado, le pertenece por haber hecho la edificación con recursos propios, y agrega: "Tampoco suministra la prueba requerida por la ley para que se pueda dar por acreditado el derecho de dominio en virtud del cual el actor ejercita la acción de que se trata, y los hechos marcados en el libelo con las letras **a) y b)**, que fundamentan el ejercicio de su acción, no están evidenciados."

En suma, el Tribunal estudió con detenimiento la 2ª acción y la desechó en la parte motiva, sentando la doctrina de que el artículo 739, inciso 2º, requiere que quien construye en suelo ajeno, lo haga con recursos propios y a ciencia y paciencia del dueño del terreno, sin lo cual no hay lugar a las restituciones que allí se expresan; y en virtud de esas consideraciones, aquella 2ª acción quedó comprendida expresamente en la absolución que dictó el sentenciador.

Es infundada la causal.

Primera causal.

Cargo único: violación del artículo 739, inciso 2º del Código Civil, en el concepto de que siendo necesariamente aplicable en la litis, no lo aplicó el Tribunal por error de hecho evidente y error de derecho consiguiente en la apreciación de las declaraciones de los testigos Luis M. Vergara, Manuel Cano y Manuel T. Ríos.

Declara Vergara: "Por haber conocido el solar de la señora Petrona Morales, situado en la calle de la **Medialuna**, de esta ciudad, por haber estado con frecuencia en dicho solar cuando estaba en construcción la casa que actualmente existe en él, es cierto y me consta que la construcción de dicha casa fue llevada a cabo por el señor Antonio Haydar, a ciencia y paciencia de la propietaria del solar, señora Morales, comprándose los respectivos materiales con dinero suministrado por el señor Haydar, quien a la vez abonaba de su peculio propio a los operarios el valor de sus salarios."

El Tribunal objeta esta declaración como prueba, porque "aunque el testigo afirma que con frecuencia iba al solar de la señora Morales cuando se edificaba la casa que actualmente existe allí, y de ahí deduce que ese trabajo se hizo a ciencia y paciencia de la dueña del terreno, la circunstancia por él apuntada no es comprobatoria de la ausencia absoluta de oposición para que se edificara en dicho solar, tanto porque la oposición no precisa ser un acto continuo, como porque las frecuentes visitas del testigo al lugar de los trabajos no eran de una manera regular, diarias, de donde pudiera decirse que la frecuente asistencia suya a ese lugar pudo ponerlo en conocimiento de que los actos de oposición a que se refiere no se verificaron. En cuanto al hecho de que Haydar comprase los materiales de construcción y pagase los salarios de los operarios, razona el Tribunal así: "la frecuente concurrencia a dicho lugar no da tampoco conocimiento necesario, si no es por otro medio que así lo manifieste, de que el señor Haydar compró los materiales empleados en la construcción y pagó los salarios de los operarios con dinero de su propio peculio."

El recurrente argumenta contra estos fundamentos de la sentencia que el testigo declara con conocimiento directo y personal en términos suficientemente claros, que la edificación la hizo Haydar a ciencia y paciencia de la señora Morales. La razón que como decisiva pone el Tribunal de que aunque el testigo iba con frecuencia al solar cuando estaba en construcción la casa, sus visitas no eran diarias, y por tanto no podía tener conocimiento del hecho de la oposición de la Morales, es completamente insostenible, ya que bastaba ver que la obra continuaba sin interrupción en los diversos días que el testigo estuvo en ella para afirmar que no había ocurrido aquella oposición. Además, arguye el recurrente, el Tribunal pretende hallar oposición a la obra, cuando la parte demandada, interesada como ninguna en que la hubiese, jamás ha sostenido que hubiera ocurrido, ni trató de probar tal hecho ni de desvanecer la prueba que el actor había presentado para demostrar la aquiescencia a la construcción, de la señora Morales. En cuanto a la afirmación del testigo de que Haydar hizo la construcción de su peculio, también la rechaza el Tribunal como prueba, a pesar de que la parte demandada no la ha contradicho y de que los términos de la declaración al respecto son claros y rotundos. Pretender, como lo hace el Tribunal, que una persona que declara bajo la gravedad del juramento, que por haber presenciado los hechos, le consta tal hecho, no tiene sin embargo conocimiento personal de este hecho, sería acabar con la prueba testimonial, porque no se concibe entonces cuándo podría el testigo asegurar que tenía conocimiento personal.

Se considera:

Es más objetable la argumentación que emplea la sentencia para desechar la declaración de Vergara en cuanto se refiere al hecho presenciado por él con frecuencia, de que los materiales de construcción se compraban con dinero suministrado por Haydar, "quien a la vez abonaba de su peculio propio a los operarios el valor de sus salarios" (folios 49 y 50, cuaderno 1º). Declara la sentencia que "la frecuente ocurrencia a dicho lugar no da conocimiento necesario, si no es por otros medios que así lo manifiesten, de que el señor Haydar compró los materiales empleados en la construcción y pagó los salarios de los operarios."

Basta observar que el testigo no da como razón de su dicho su constante frecuencia al lugar de la construcción, sino que con ocasión de ella hubo de constarle, esto es, hubo de presenciar de manera cierta, que Haydar verificaba aquellas operaciones. Esa es la razón de sus afirmaciones.

Si un individuo desembolsa dinero para verificar pagos provenientes de contratos celebrados por él en su propio nombre, es de presumirse, mientras no aparezca prueba en contrario, que tal dinero es suyo.

Declara Vergara que "le consta que la construcción de dicha casa fue llevada a cabo por el señor Antonio Haydar, a ciencia y paciencia de la propietaria del solar." La declaración del testigo carece de valor en este punto, puesto que no indica los hechos merced a los cuales afirma que hubo consentimiento tácito por parte de la propietaria. El hecho de concurrir con frecuencia al lugar donde se construía la casa por cuenta del demandante, no es fundamento para aseverar que el edificio se construyó a ciencia y paciencia de la dueña del terreno.

Desecha la declaración del testigo Manuel Cano, quien declara "que es cierto que el exponente en su condición de carpintero contrató con el señor Antonio Haydar la construcción de una casa en un solar de la hoy finada Petrona Morales, ubicado en la calle de la Medialuna, de la ciudad de Cartagena, y alinderado así: por el frente, calle de por medio, con casas de Andrés Hernández L. y Etelvina Pereira de Herrera; por la derecha, entrando, con casa que fue de Angela Otero y es hoy de Arinda T. de Torres; por la izquierda, con casa de Dionisia Ramos, y por el fondo, con casa que fue de Teodoro García y es hoy de Mauricio Visbal. Que es cierto que tanto el declarante, como jefe de la obra de carpintería como los operarios que buscó al efecto, eran pagados en sus salarios por el señor Antonio Haydar, y que la construcción de la casa fue llevada a cabo sin oposición alguna de parte de la propietaria señora Petrona Morales; que también es cierto que el exponente recibió de manos del señor Haydar los materiales necesarios para la construcción de la casa en cuestión, la cual mediante la obra que llegó a verificarse con los propios recursos del señor Haydar, quedó convertida, de solar en ruina que era, en la casa accesoria que hoy existe."

Acorde con este testimonio es el del testigo Manuel T. Ríos, quien deponiendo respecto de la obra íntegra de albañilería, declara:

"Que es cierto que el exponente, en su condición de maestro de albañilería, fue contratado por el señor Antonio Haydar para la construcción de una casa en un solar perteneciente a la difunta Petrona Morales, situado en la calle de la Medialuna, de la ciudad de Cartagena, y alinderada así: por el frente, calle en medio, con casas de Andrés Hernández L. y Etelvina Pereira de Herrera; por la derecha entrando, con casa que fue de Angela Olivo y es hoy de Arinda T. de Torres; por la izquierda, con casa de Dionisia Ramos, y por el fondo, con casa que fue de Teodoro García y es hoy de Mauricio Visbal; que es igualmente cierto que el exponente, en ejercicio de su contrato, llevó a cabo la edificación de la mencionada casa, con la cooperación de los operarios de albañilería que buscó al efecto como auxiliares suyos, sin oposición alguna por parte de la propietaria; que recibió de manos del señor Haydar los materiales para la construcción y el pago de sus salarios y el de los demás trabajadores que estaban bajo sus órdenes."

Sobre estas declaraciones comenta el Tribunal: No obstante los términos en que están concebidas, según las cuales los testigos trabajaron en la construcción de la casa como maestro de carpintería el uno y de albañilería el otro, "no se sabe a ciencia cierta si Haydar obraba por cuenta propia o en nombre de la dueña del solar, y como tal cosa no se desprende del dicho de los testigos, se ignora asimismo si el dinero invertido en los materiales empleados en la edificación y en la obra de mano era de aquélla o de éste. El hecho de que los testigos afirmen que contrataron con Haydar, que recibieron de sus manos los materiales y aun el pago de sus salarios, no significa que éste obrara por cuenta propia, ya que esta forma de obrar permite también el obrar por recomendación o como persona encargada por otra para vigilar los trabajos."

Otra razón, no ya de inducción sino de derecho, opone el Tribunal contra estos dos testimonios: que "como los testigos Cano y Río se refieren en sus declaraciones al contrato celebrado separadamente por cada uno de ellos con Haydar, sus dichos al respecto son singulares y caen por consiguiente bajo el mandato del artículo 606 ibídem, que estatuye que 'un testigo no puede formar por sí sólo plena prueba, pero sí gran presunción cuando es hábil.'"

El recurrente acusa las conclusiones del Tribunal, en razón de error en su apreciación, porque si los dos testigos mencionados últimamente no sólo presenciaron los hechos sobre que deponen, sino que intervinieron en los contratos de que provenían los pagos hechos a ellos mismos en dinero por Haydar, y recibieron de sus manos los materiales de construcción, no puede concluírse que tales hechos no sean indicios graves de que la obra fue construída a expensas de Haydar y a ciencia y paciencia de la propietaria del suelo. Las conjeturas que en contrario opone el Tribunal, no se basan en hecho positivo alguno comprobado, y es sabido que no pueden sacarse conclusiones indiciales, cuando no existen éstos.

Se considera:

Los testigos Cano y Ríos afirman, por conocimiento personal, que contrataron con Antonio Haydar para trabajar en la construcción de la casa, que llevaron a cabo la edificación de la casa con operarios buscados por ellos, que recibieron de manos de Haydar los materiales para la construcción y el pago de sus salarios y el de los demás trabajadores que estaban bajo sus órdenes. Los testigos declaran sobre el mismo hecho y concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y sus testimonios son legalmente aceptables para comprobar que la casa se construyó a expensas de Haydar (artículo 607 del Código Judicial).

Como se dijo atrás, si un individuo desembolsa dinero para verificar pagos provenientes de contratos celebrados por él en su propio nombre, es de presumirse, mientras no aparezca prueba en contrario, que tal dinero es suyo.

Los mismos testigos aseveran que la casa se construyó sin oposición de la propietaria.

Para que pudiera prosperar la acción que consagra el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, el demandante ha debido probar conjuntamente estos dos puntos: 1º, que construyó la casa a sus expensas; y 2º, que la edificó a ciencia y paciencia de la propietaria del terreno. El primer punto está probado con las declaraciones de Vergara, Cano y Ríos. El Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar estos testimonios. El segundo punto no está legalmente probado. La Corte mantiene la apreciación del Tribunal, dado que en el juicio no hay

prueba de que la dueña del terreno hubiese tenido conocimiento de la construcción de la casa.

En suma, la Corte llega a las mismas conclusiones a que llegó el Tribunal por distintos motivos, y por tal razón la sentencia no es casable (artículo 12 de la Ley 90 de 1920, inciso último).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena, con fecha diez de octubre de mil novecientos veintinueve.

2º Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Chocontá, Custodio Malagón, en nombre de su esposa María de Jesús Carrillo, demandó a la sucesión de Juan de la Cruz Gómez, representada por la viuda de éste, Natividad Carrillo, Horacio Gómez, Hermencia Gómez, casada con Tarcisio Contreras, Amelia Gómez, esposa de Marco T. González, Hermelinda y Ester Gómez, solteras; Lucrecia Gómez y Tránsito Tinjacá de Gómez, viudas estas dos últimas, como representantes de la sucesión de Filemón Gómez, hijo legítimo de Juan de la Cruz Gómez, para que por sentencia definitiva, dictada en juicio ordinario, fuesen condenados a lo siguiente:

"a) A pagar a la sucesión de Juan Valerio Carrillo, representada por mi legítima esposa María de Jesús Carrillo de Malagón, la suma de ocho mil pesos en moneda corriente, o la suma que se pruebe en el curso de este juicio, producida por los frutos naturales y civiles de los bienes así alinderados: desde la piedra que queda frente a la casa de Rafael Carrillo, por la recta que pasa por unas lajas hasta la senda del Chuscal; de ésta a la cañada que pasa por el pie de la peña del Chulo; ésta abajo, por el pie del cerro, a dar al mojón que divide los lotes primero y segundo de lo que se denominó hacienda de **Ovejeras**, en línea recta al primer lindero. Desde la recta que párte de la vertiente de agua hasta la senda del Chuscal, ésta, en dirección Sur, hasta donde se cruza la línea que párte de una piedra grande, pasando por unas lajas; de ella, a un lindero fijado en la orilla del camino de **Ovejeras**; de él, haciendo ángulo en latitud a la pendiente. Estos lotes de tierra están situados en el Municipio de Suesca, y se conoce el primero de ellos con el nombre de **Las Perdices**, desde el tiempo que tuvo tales bienes en su poder, y no solamente los percibidos en ese tiempo, sino los que la sucesión de Juan Valerio Carrillo o éste hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los bienes en su poder;

"b) A pagar a la sucesión de Juan Valerio Carrillo, representada, como queda dicho, la suma de ocho mil pesos moneda corriente o la que fijen peritos, por los perjuicios causados por falta de restitución de los bienes sobre los cuales versó el contrato de compraventa que fue anulado por sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos diez;

"c) A pagar a la sucesión de Juan Valerio Carrillo, representada por mi esposa, las costas y costos del presente juicio."

Fundó su demanda en varias disposiciones del Código Civil; en el artículo 874 del Código Judicial, y en los hechos siguientes:

"1º En virtud de demanda instaurada por la señora María de Jesús Carrillo de Malagón y su esposo Custodio Malagón, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de veinticuatro de noviembre de mil novecientos diez, declaró nulo el contrato de compraventa, de fecha trece de junio de mil ochocientos setenta y ocho, otorgado por Juan Valerio Carrillo a favor de Juan de la Cruz Gómez, según la escritura pública número 158, en la Notaría de Chocontá.

"2º En sentencia de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos diez y nueve, dijo el Tribunal Superior de Bogotá a una demanda propuesta por los esposos Malagón y Carrillo de Malagón, sobre reivindicación, esto: '.....Condénase a Juan de la Cruz Gómez a pagar a la sucesión de Juan Valerio Carrillo, representada por María de Jesús Carrillo de Malagón, los frutos naturales y civiles de los bienes que se determinaron y alinderáron en la demanda, producidos durante el tiempo que tuvo tales bienes en su poder, y no solamente los percibidos en ese tiempo sino los que la sucesión de Juan Valerio Carrillo o éste hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los bienes en su poder.....'

"3º Juan de la Cruz Gómez, y luégo sus herederos, han usufructuado y gozado de los terrenos que se determinan por su situación y linderos en la escritura pública número 158, otorgada en Chocontá entre Juan Valerio Carrillo y Juan de la Cruz Gómez, el trece de junio de mil ochocientos setenta y ocho.

"4º La sucesión de Juan de la Cruz Gómez, representada, como queda indicado en este libelo de demanda, debe responder de los frutos civiles y naturales producidos por los inmuebles tántas veces relacionados, y en la forma que indican las sentencias respectivas, desde el trece de junio de mil ochocientos setenta y ocho, hasta el día del pago.

"5º La Corte Suprema, en sentencia proferida en virtud de recurso de casación, con fecha trece de octubre de mil novecientos veinte, dijo esto:

'1º Casar parcialmente la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá.

'2º Se condena a Juan de la Cruz Gómez a indemnizar a la sucesión de Juan Valerio Carrillo los perjuicios que se hubieren causado por la falta de restitución de los bienes sobre los cuales versó el contrato de compraventa que fue anulado por sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos diez. En juicio ulterior se determinarán los perjuicios efectivos y el monto de la indemnización.

'3° Se revoca la sentencia de primera instancia en la parte que absolvió al demandado Gómez de la obligación de indemnizar perjuicios, cuya declaración fue pedida en la acción sexta subsidiaria de la demanda.

'4° Quedan subsistentes los demás fallos de la sentencia del Tribunal.'

"6° Los perjuicios por la no restitución de los bienes de que habla la escritura número 158 tántas veces citada, se deben desde la fecha del otorgamiento de dicha escritura, o sea desde el trece de junio de mil ochocientos setenta y ocho.

"7° La sucesión de Juan de la Cruz Gómez, hoy sus herederos, son los actuales poseedores de los bienes raíces sobre los cuales condenó el Tribunal a pagar frutos civiles y naturales, y la Corte Suprema de Justicia a indemnizar perjuicios por la no restitución de ellos.

"8° Juan de la Cruz Gómez falleció, pero dejó herederos, que son las personas citadas en esta demanda, y ellos deben responder de las obligaciones del causante."

Contestaron los demandados rechazando las pretensiones del actor, negando la mayor parte de los hechos, y opusieron las excepciones de caso juzgada y de prescripción.

El Juez del conocimiento falló así la controversia:

"1° Declárase no probada la primera excepción de cosa juzgada.

"2° Declárase no probada la segunda excepción de cosa juzgada.

"3° Declárase no probada la excepción de prescripción.

"4° Regúlase el monto de los frutos naturales de las fincas expresadas y determinadas en el punto marcado con la letra a) de la demanda en la forma y términos que se dejan expresados en la parte motiva de este fallo, en la suma de siete mil quinientos veinticuatro pesos moneda corriente ($ 7,524).

"5° Regúlase el valor de los perjuicios causados por falta de restitución de dichas fincas, en la forma y términos que se dejaron expresados en la parte motiva, en la suma de dos mil ochocientos veintidós pesos ($ 2,822) moneda corriente.

"6° Condénase a la sucesión de Juan de la Cruz Gómez, representada por Natividad Carrillo de Gómez, Horacio Gómez, Hermencia G. de Contreras, Amelia G. de González, Hermelinda Gómez, Ester Gómez y Tránsito Tinjacá de Gómez, a pagar a la sucesión de Juan Valerio Carrillo, representada por María de Jesús Carrillo de Malagón, la suma de diez mil trescientos cuarenta y seis pesos ($ 10,346) moneda corriente, en que han sido regulados y estimados el valor de los frutos naturales y los perjuicios ocasionados por falta de restitución de los bienes sobre los cuales versó el contrato de compraventa declarado nulo por el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha veinticuatro de noviembre de 1910 y a que aluden los fallos de fechas 19 de abril de 1918 y 13 de octubre de 1920, proferidos por el Tribunal Superior de Bogotá, y por la Corte Suprema de Justicia, respectivamente. El pago lo hará la sucesión condenada dentro del término de seis días de notificada la presente sentencia.

"7° Condénase a la sucesión de Juan de la Cruz Gómez, representada, como ya se tiene dicho, a pagar a la sucesión de Juan Valerio Carrillo, representada por María de Jesús Carrillo de Malagón, a pagar dentro del mismo término las costas del presente juicio; y

"8° Condénase a la misma sucesión, representada como queda dicho, a pagar a la sucesión de Juan Valerio Carrillo, representada como se ha dicho, la suma de cincuenta pesos, como multa por no haber dado contestación a la demanda dentro de los términos legales, lo que ejecutará seis días después de notificada esta sentencia."

El Tribunal Superior de Bogotá reformó en los términos siguientes la sentencia anterior:

"1° Fíjase el monto del valor de los frutos y los perjuicios que se cobran en este juicio, en la suma total de cuatro mil novecientos cincuenta pesos ($ 4,950).

"2° Condénase a la sucesión de Juan de la Cruz Gómez, representada por Natividad Carrillo de Gómez, Hermencia G. de Contreras, Amelia G. de González, Hermelinda Gómez, Ester y Lucrecia Gómez y Tránsito T. de Gómez, a pagar, seis días después de notificada esta sentencia, a la sucesión de Juan Valerio Carrillo, representada por María de Jesús Carrillo de Malagón, la expresada suma de cuatro mil novecientos cincuenta pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 4,950-55).

"3° Condénase a la indicada sucesión de Juan de la Cruz Gómez, representada en la forma dicha, a pagar a la sucesión de Juan Valerio Carrillo, representada por su heredera María de Jesús Carrillo de Malagón, la suma de cincuenta pesos por no haber contestado la demanda oportunamente.

"4° Decláranse no probadas las excepciones de cosa juzgada y prescripción alegadas por la parte demandada.

"5° Condénase a la parte demandada a las costas de la primera instancia.

"Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia. Sin costas la segunda instancia."

El apoderado de Hermencia Gómez de Contreras, de Hermelinda y Ester Gómez, interpuso contra el fallo anterior recurso de casación, que la Corte admite por estar ajustado a la ley, y procede a resolver en el fondo.

Por la primera causal acusa el recurrente la sentencia en razón de haberse violado en ella los artículos 1615, 1610, 1608, 831 y 835 del Código Judicial, y por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho y de derecho en la estimación de la prueba pericial.

Conceptúa el recurrente que se ha quebrantado el artículo 1615 del Código Civil, por indebida aplicación en lo referente a la condena de frutos, porque no se trata de perjuicios, que sí deben regirse por el artículo citado, desde que el deudor se haya constituído en mora, sino de frutos, los cuales deben apreciarse de acuerdo con las disposiciones del Código Civil sobre la materia, y las ordenaciones de la sentencia que manda pagarlos.

En el presente caso, dice el autor del recurso, el Tribunal hizo la liquidación de frutos en el lapso comprendido del trece de junio de mil ochocientos ochenta y tres al once de febrero de mil novecientos once, siendo la primera la fecha en que Gómez entró en posesión de los bienes comprados a Carrillo, y la segunda la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia que declaró la nulidad de la compra.

"Acepto, dice el recurrente, la primera fecha, mas no la segunda, por esta razón: en la demanda con que se

inició el juicio en que se dictó la sentencia que se trata de ejecutar en el presente, la sucesión demandada, no pidió a Gómez sino el pago de los frutos naturales y civiles producidos por las compras simultáneamente por éste y los que hubiere podido producir el vendedor y sus herederos, con mediana inteligencia y cuidado, durante el tiempo que estuvieron en poder de Gómez esos bienes, y en la sentencia que falló sobre esa ejecución y que se trata de ejecutar, Gómez no fue condenado a pagar sino los frutos producidos durante el tiempo que tuvo tales bienes en su poder, y no solamente los percibidos en ese tiempo, sino los que la sucesión de Carrillo o éste hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniéndolos en su poder (folios 23 vuelto, 37 vuelto, cuaderno 1º); ahora bien: consta en autos que Gómez no tuvo en su poder los bienes comprados sino hasta el diez de octubre de mil novecientos siete, en que por escritura número 849, otorgada ante el Notario de Ubaté, los vendió a Tarcisio Contreras (folios 6 vuelto; 29 y siguientes, cuaderno 1); luego la sucesión de Gómez, en virtud de la condena cuyo monto se trata de determinar, no está obligada a pagar frutos sino hasta el diez de octubre de mil novecientos siete, y la liquidación de ese valor sólo puede comprender el tiempo transcurrido hasta esta fecha. Además, en la demanda con que se inició este juicio, aunque se nota un error de redacción, una impropiedad de expresión, claramente se ve que la sucesión demandante no pidió sino que podía pedir de acuerdo con el fallo dictado a su favor, o sea la fijación de frutos naturales y civiles, producidos durante el tiempo que estuvieron en poder de Gómez (folio 47 del cuaderno 1º)."

Considera también el recurrente que ha sido quebrantado el artículo 831 del Código Judicial, por no haberse respetado la sentencia que se trata de cumplir, en la cual, con toda claridad, se señalaron las prestaciones a que estaba obligada la parte demandada y vencida en juicio. Esta disposición legal, y la del artículo 835 del Código Judicial, han debido tenerse en cuenta por el Tribunal, y como no lo fueron, se les violó indirectamente.

Estima la Corte que esta cuestión versa sobre un punto de hecho, esto es, sobre el tiempo en que Juan de la Cruz Gómez, o la sucesión de éste, tuvo las fincas en su poder, tiempo durante el cual los frutos percibidos deben ser pagados.

En la transcripción que hace el autor del recurso de la parte del salvamento del Magistrado disidente, se afirma que consta de autos que Gómez no tuvo en su poder los bienes comprados sino hasta el diez de octubre de mil novecientos siete, en que por escritura pública número 849, otorgada ante el Notario de Ubaté, los vendió a Tarcisio Contreras. Pero el recurrente no ha alegado el error de hecho en que hubiera podido incurrir el Tribunal al no tener en cuenta esa escritura y extender la condenación de frutos hasta el año de mil novecientos once.

Sin esa base primordial de la casación, la Corte no puede variar la apreciación del sentenciador, ni casar la sentencia por la infracción de la ley invocados en el recurso, ya que tal infracción dependería del reconocimiento de que el Tribunal hubiera incurrido en el error de hecho que se deja apuntado.

En el mismo orden de ideas acusa la sentencia por la segunda causal, en razón de haberse condenado en más de lo pedido.

Dice el autor del recurso que la sentencia liquida los frutos tomando dos fechas como puntos de partida, el trece de junio de mil ochocientos ochenta y tres y el once de febrero de mil novecientos once, pero como en la demanda no se pidió sino la condenación de frutos durante el tiempo en que estuvieron las fincas en poder de la parte demandada, y aparece de autos que Juan de la Cruz Gómez no tuvo los bienes en su poder sino hasta el once de octubre de mil novecientos siete, el Tribunal falló ultra petita y debe casarse la sentencia que peca por exceso en la condenación.

Estima la Corte que si hubiera exceso, éste no aparecería de la sola comparación de lo demandado y lo resuelto en la sentencia, sino del hecho comprobado de la época en que salieron los bienes del poder del demandado, y, como se ha visto al tratar de la causal primera, la sentencia no se acusó por el error de hecho en que hubiera podido incurrir el Tribunal al apreciar la prueba que en concepto del recurrente demuestra la fecha a que se refiere, o sea la escritura de venta hecha a Tarcisio Contreras.

Ya se ha visto que aparte del pago de los frutos de las fincas, durante el tiempo en que éstas estuvieron en poder de Juan de la Cruz Gómez, la sucesión de éste fue condenada a pagar los perjuicios causados por la no restitución de dichas fincas.

El Tribunal, para determinar los perjuicios, consideró dos elementos: el precio de las fincas y los frutos producidos por ellas desde el once de febrero de mil novecientos once, fecha en que Juan de la Cruz Gómez se constituyó en mora de restituir los bienes hasta la fecha de la sentencia. Antes del once de febrero condenó a pagar frutos, pero no en concepto de perjuicios.

Con relación a éstos, acusa el autor del recurso la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de hecho en la apreciación de la prueba pericial y por haber quebrantado, consecuencialmente, los artículos 1757 del Código Civil y 542 del Judicial.

El concepto en que han sido violadas estas disposiciones, dice el recurrente, es el siguiente:

"La carga de la prueba corresponde al actor, y cuando no la aduce, la absolución del demandado se impone. En el caso cuestionado hay carencia de prueba como se dice en el salvamento de voto de manera clara, y sin embargo el Tribunal, haciendo las veces de perito, hizo un avalúo, y de conformidad con él condenó en la sentencia. La violación, pues, de estas disposiciones, es directa por no haberlas tenido en cuenta, y porque se estimó una prueba que no aparece en los autos, interpretando el dictamen pericial, por el aspecto contrario que él contempla, en contra de la parte demandada. Es verdad que el Tribunal puede darle el valor que estime justo a un dictamen pericial; pero esa facultad no es ilimitada, sino que se debe tener un punto de partida que es el dictamen mismo y las demás pruebas que figuren en los autos; pero en el caso presente, la carencia de prueba es completa, y el Tribunal no podía desechar el dictamen para darla de avaluador, porque esa facultad legal no la tiene."

Luego explica en qué consiste el error de hecho del Tribunal, en los siguientes términos:

"El error de hecho por mala apreciación de la prueba pericial, consistente, en el presente caso, en lo siguiente,

comparando la conclusión que sacó el Tribunal cuando dice: 'el dictamen de los peritos en cuanto al avalúo de frutos abarcó un tiempo posterior a la referida sentencia de mil novecientos diez, y ellos tuvieron en cuenta para hacer la estimación el valor de los frutos que las fincas producían anualmente, y todas las circunstancias que hicieron fluctuar el valor de tales frutos desde el día en que se otorgó la escritura en que se hizo constar el contrato que se declaró nulo, hasta aquel en que rindieron su dictamen...', con los párrafos del dictamen pericial que se transcriben en el salvamento de voto, se llega a la evidencia, sin lugar a duda, que el Tribunal se equivocó al apreciar la prueba pericial, en contra del concepto claro y preciso de los peritos cuando dicen: 'nos limitamos tan sólo a rendir nuestro concepto diciendo que la finca de Las Perdices, teniendo en cuenta el precio bajo de los frutos en los muchos años que hacia atrás transcurrieron desde el año de mil novecientos veintitrés, época en que se inició la carestía de todos los artículos de comida, teniendo en cuenta las pérdidas de las cosechas, la alternabilidad anual de los cultivos de trigo y papa, ha producido como valor de los frutos líquidos, la suma de ochenta pesos anuales, que deben contarse hasta la época de la restitución, pues de ésta en adelante deben contarse solamente los perjuicios.' Es bien entendido que nuestra apreciación anual de los frutos la hacemos o estimamos que debe hacerse hasta la época de la restitución, en adelante deben contarse solamente los perjuicios en la forma dicha, porque computar al tiempo los frutos y los perjuicios desde la época de la restitución hasta la época del pago, sería considerar al demandante indemnizado de la finca y su producto hasta la época del pago y al mismo tiempo suponerlo en el goce de los frutos de la misma finca, hasta la misma época, lo cual es un absurdo."

Considera la Corte que como la restitución no se ha verificado ni podría verificarse por estar las fincas en manos de terceros, la sucesión demandada debe responder a la parte actora de los perjuicios ocasionados por la no restitución de las fincas, y según se ha dicho, el Tribunal estimó como elementos para apreciar los perjuicios el precio de las fincas y los frutos de éstas desde que se constituyó la parte demandada en mora de restituir.

El error de hecho consiste en que como los peritos no avaluaron los frutos que las fincas hubieran producido con posterioridad al año de mil novecientos diez, el Tribunal, al apoyarse en el dictamen para determinar el monto de tales frutos después de esa fecha, apreció mal la prueba, que no respalda en el hecho sus conclusiones.

Pero el sentenciador había contestado ya la objeción, y después de un estudio detenido del concepto pericial, hace hincapié en que los expertos que rindieron su dictamen en mil novecientos veintiocho, al referirse a la finca de Las Perdices, y después de analizar las condiciones de esa finca, termina así:

"Conceptuamos que una tierra de la extensión de Las Perdices, administrada con mediano cuidado y diligencia, ha producido y produce como valor de los frutos, una suma líquida anual de ochenta pesos moneda legal."

"Nótese, dice el Tribunal, los términos 'ha producido y produce,' de que se valen los peritos al referirse al valor de los frutos del inmueble denominado Las Perdices."

El dictamen, pues, rendido en mil novecientos veintiocho, abarca todo el tiempo anterior. Como se ve, no está justificado el error de hecho evidente en que se dice incurrió el Tribunal al apreciar la prueba pericial, y por lo mismo no se han violado las disposiciones de la ley que el recurrente señala.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el once de febrero de mil novecientos treinta y uno.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

El doctor Benito Hernández Bustos, apoderado de Patrocinio Bautista, en escrito que fue repartido al Juzgado 1º del Circuito de San José de Cúcuta, el tres de octubre de mil novecientos veintisiete, expuso lo siguiente:

"Mi mandante es dueño de un lote de terreno llamado Oripaya, en esta jurisdicción, alinderado en la forma que se dirá adelante. Contiguo a este predio se halla uno del mismo nombre, de propiedad hoy de la señora Fidelia Sayago de Bautista, antes de don Octaviano Bautista, lotes que antes formaban un solo cuerpo, y que se los dividieron don Octaviano y don Patrocinio Bautista por escritura pública número ciento sesenta y tres, de diez y nueve de agosto de mil novecientos doce, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, quedando el lote de don Octaviano alinderado así: por el Norte, partiendo de un obo agrio que se encuentra en la cerca que está a la orilla de la línea del ferrocarril de Cúcuta, a unos cuarenta metros, poco más o menos, del puente Torres, en ángulo recto hacia el Occidente, hasta dar a la quebrada Floresta, donde va ya unida con la Oripayera, atravesando ésta, sigue aguas abajo por la parte occidental de ella, hasta dar a una cerca de alambre que arranca del borde de la quebrada donde hay un mojón de piedra, y que dicha cerca va apoyada en tres árboles de guásimo, que se encuentran en línea recta, más o menos, hacia el Occidente, y partiendo de la punta de la cerca del extremo occidental, en línea recta hacia el Occidente, hasta dar al filo del cerro de Las Múcuras. En la partición de que vengo hablando, el lote de don Patrocinio Bautista quedó delimitado así: por el Sur, con la línea fijada como lindero Norte del predio que correspondió a don Octaviano Bautista. Como se ve por los términos de la escritura, la línea del predio que correspondió a don Octaviano Bautista, 'partiendo de la punta de la cerca del extremo occidental vaya al filo del cerro de Las Múcuras,' debe ser recta; pero la señora Sayago de Bautista, o su causante don Octaviano, echaron curva a la cerca, avanzando hacia lo que correspondió a mi mandante.

"En tal virtud, amparándome en el artículo 1304 del Código Judicial, solicito se decrete el deslinde y amojonamiento del predio Oripaya, de propiedad de mi cliente,

por la parte sur colindante con el predio del mismo nombre, de propiedad de la señora Fidelia Sayago de Bautista, mujer viuda, mayor de edad y de esta vecindad. Son hechos:

"Primero. Ser limítrofes los dos predios.

"Segundo. Haber avanzado la señora Sayago de Bautista hacia el predio de mi cliente."

La demandada, Fidelia Sayago de Bautista, por medio de apoderado, contestó así:

"El artículo 272 de la Ley 105 de 1890, dispone que el demandado en acción especial de deslinde puede oponerse, no solamente al deslinde que se practique, sino que la citada providencia lo faculta para oponerse a la demanda misma.

"Trata don Patrocinio de obtener un deslinde sobre dos predios que tienen una clarísima delimitación, y que están separados por una cerca de alambre que, de común acuerdo, echaron Patrocinio y Octaviano Bautista al partirse el antiguo predio. Pero a más de esto, don Patrocinio Bautista, por medio de la escritura pública número ..... de mil novecientos veintitrés, de la Notaría 1ª del Circuito, protocolizó el plano del predio **Oripaya**, coincidiendo los linderos precisamente con los del predio de Octaviano Bautista, quien también protocolizó su plano por la escritura número ochocientos diez y ocho, de once de mayo de mil novecientos veintitrés, de la misma Notaría.

"Los hechos los contestó así:

"1º Los predios colindan.

"2º Es absolutamente falso que mi defendida hubiera hecho cercas o cambiado éstas; pues las cosas están en la forma dejadas por el causante Octaviano Bautista.

"Me oponga a la acción de deslinde instaurada por el doctor Benito Hernández, con poder del señor Bautista, y pido al señor Juez se sirva admitir esta demanda de oposición, y dar traslado de ella."

El Juzgado ordenó ventilar en juicio ordinario el punto materia de esta oposición, considerando al contradictor como demandante, y el primero de febrero de mil novecientos veintinueve dictó el fallo de primera instancia, en el cual "ordenó seguir adelante el juicio de deslinde propuesto por el mencionado señor Patrocinio Bautista sobre el predio **Oripaya**, de la jurisdicción de este Municipio"—dice—y además "se condena en costas a la parte demandante en este juicio."

El apoderado de la viuda de Bautista interpuso recurso de apelación, que falló el Tribunal Superior de Pamplona, por sentencia de nueve de abril de mil novecientos treinta y uno, que confirma la de primera instancia, con costas a cargo de la parte apelante. La misma parte interpuso recurso de casación contra ese fallo, que el Tribunal le concedió y la Corte admite, previa declaratoria de que es admisible.

Invoca el recurrente como fundamento de su demanda, la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y señala como motivo de acusación los conceptos del Tribunal, consignados en los siguientes párrafos de la sentencia:

"Por lo demás, las partes están de acuerdo en que los predios son colindantes; y sobre la propiedad de los fundos a que se refiere el deslinde, este punto no sólo no fue materia del juicio de oposición, sino que en contestación a la primitiva demanda, la demandada asintió a las afirmaciones del actor, que señaló a la señora Sayago como dueño del predio que había pertenecido al señor Octaviano Bautista. Por otra parte, el que pide el deslinde debe presentar el título que indique que es dueño real, o aparente o usufructuario del predio cuyos linderos quiere determinar, pero no está obligado a acreditar que el demandado es dueño del predio colindante con el suyo, doctrina ésta que se basa en los términos de los artículos 900 del Código Civil y 1304 y 1306 del Código Judicial; si el demandado no tiene el dominio o usufructo que se le atribuye, puede proponer la excepción consiguiente, u oponerse a la demanda de deslinde por los trámites de la vía ordinaria, alegando tal causa."

A esto arguye el recurrente:

"El Tribunal asienta que 'el demandante no está obligado a acreditar que el demandado es dueño del predio colindante con el suyo,' lo cual le sirve de base para sostener que tampoco es necesario probar el carácter de propietario que tenga el demandado; mas si bien no lleva el demandante esa carga, ello no quiere decir que el juicio ordinario de opósición a la demanda misma de deslinde, que es la que se formuló en el caso de autos, se puede decidir ordenando el deslinde, aun cuando no esté demostrado suficientemente que el demandado tiene el derecho de dominio que se le atribuye sobre el predio colindante, y que baste la aquiescencia de ambas partes al respecto. Esto constituye error de derecho, y viola las mismas disposiciones citadas por el Tribunal, y el artículo 1307 del Código Judicial, que se relaciona con aquéllos, el cual manda que de la demanda de deslinde se confiera traslado a los dueños o usufructuarios de los predios colindantes, lo que claramente está diciendo que los demandados con los cuales deba llevarse a cabo el deslinde de heredades, deben tener también el carácter de propietarios.

"Desde luégo debe demostrarse en el debate el carácter de propietarios que tengan todas las partes."

Conceptúa el recurrente que es evidente que "el Tribunal violó los artículos 900 del Código Civil, y 1304, 1306 y 1307 del Código Judicial, al confirmar la sentencia de primera instancia, que mandó practicar el deslinde de las dos propiedades demandado por Patrocinio Bautista."

Y termina diciendo:

"Dejó, pues, el Tribunal de aplicar las mismas disposiciones que he señalado como violadas; las interpretó erróneamente y a la vez incurrió en manifiesto error de derecho, que no le permitió aplicar, siendo aplicables al caso de este litigio, los artículos 843 y 835 del Código Judicial, con arreglo a los cuales debe resolverse en la sentencia toda cuestión que haya sido materia del debate, como la de si los colindantes indicados en la demanda son propietarios, y hacer recaer la sentencia sobre la cosa o hecho demandado."

En contestación a estos cargos, se observa:

a) Que no es exacto que en el juicio fallado por la sentencia recurrida, el debate versara sobre "si los colindantes indicados en la demanda son propietarios"; pues la cuestión planteada por el opositor es la de que los predios, cuyo deslinde se pide, "tienen una clarísima delimitación," y que es, por tanto, improcedente la demanda de deslinde, cuestión que fue debidamente apreciada por el Tribunal en el siguiente párrafo, que contiene el

principal fundamento del fallo y que no ha sido atacado por el recurrente:

"Al contradictor o demandante en el juicio ordinario de oposición a la demanda de deslinde le correspondía dar la prueba de los hechos que enunció como fundamento de su demanda, y ya se vio que no hizo el menor esfuerzo para acreditarlos, por lo cual ha quedado en pie la afirmación de quien pidió el deslinde, o sea la de que la línea existente en el terreno y que separa los dos predios, no corresponde al límite que indica el instrumento público tántas veces citado, y ello hace necesario que el deslinde se lleve a efecto para precisar la alinderación y fijar la línea que corresponde según lo que resulte de los títulos, del concepto pericial y de las demás pruebas de que trata el artículo 1310 del Código Judicial"; y

b) Que el artículo 1310 del Código Judicial, citado por el Tribunal, sólo exigía que los dueños de los predios que se iban a deslindar presentaran sus títulos de propiedad en el acto del deslinde, y esa oportunidad no ha llegado todavía.

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, resuelve:

No hay lugar a casar la sentencia recurrida, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el nueve de abril de mil novecientos treinta y uno.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juez 2° del Circuito de Bogotá, el señor Carlos N. González demandó al señor Angel María Romero, a la señora Ofelia Silva viuda de Santos y a la señorita Soledad Silva, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que se declare resuelto el contrato de compraventa, contenido en la escritura pública número mil ciento treinta (1130), de cuatro (4) de agosto de mil novecientos veinticuatro (1924), otorgada por los señores José Posada Tavera y el doctor Angel María Romero ante el Notario cuarto (4°) de esta ciudad de Bogotá.

"Segunda. Que queda resuelta consecuencialmente la venta que el señor don José Posada Tavera hizo al doctor Angel María Romero de la finca materia de la venta, contenida en dicha escritura, cuyos linderos son: por el Norte, en una extensión de diez y siete metros cuarenta centímetros con la calle 3ª, comprendida entre las carreras sexta (6ª) y séptima (7ª); por el Sur, con propiedad que es o fue de Francisca Martínez de Villarraga; por el Oriente, con la carrera sexta (6ª), antes sin número, por dicha carrera, hoy con el número noventa y siete DC (97-DC), en una extensión de veinte (20) metros, y por el Occidente, con propiedades que son o fueron de la señora María Vásquez de Saravia.

"Tercera. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al demandado Romero a restituírme la expresada finca relacionada en la dicha escritura número 1130, de cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, pasada ante el Notario 4° de esta ciudad, dentro del término de seis días, con los frutos civiles, no solamente los que el demandado haya percibido sino los que la finca hubiere podido producir con mediana inteligencia y actividad, teniendo dicho inmueble en su poder mi cedente o el suscrito cesionario, desde el día cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro hasta cuando se consume la restitución.

"Cuarta. Que el demandado Romero está en la obligación, además de resarcirme los perjuicios causados y que se determinan en este juicio o en otro distinto, por razón del incumplimiento en las obligaciones de su cargo, derivadas del contrato ya expresado.

"Quinta. Que se declare insubsistente el gravamen hipotecario que consta en la escritura pública número 23, de ocho de enero de mil novecientos veinticinco, instrumento pasado ante el señor Notario 4° de este Circuito de Bogotá, el cual suscrito por el señor doctor Angel María Romero como deudor, y por las señoras doñas Ofelia Silva viuda de Santos y Soledad Silva, como acreedoras hipotecarias.

"Sexta. Que la finca alinderada antes queda libre de dicho gravamen hipotecario, constituído por el demandado Romero en favor de las demandadas señoras Ofelia Silva viuda de Santos y Soledad Silva, contrato que consta en el instrumento inmediatamente anterior mencionado.

"Séptima. Que consecuencialmente, por todas o por alguna de las declaraciones anteriores, la finca en cuestión no queda afecta al pago de la deuda hipotecaria contraída por el demandado Romero en favor de las demandadas Silva de Santos y Soledad Silva.

"Octava. Que se cancelen los registros en la oficina respectiva y en los respectivos libros de las escrituras mencionadas, 1130, de cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, y 23, de ocho de enero de mil novecientos veinticinco, pasadas ante el Notario 4° de esta ciudad.

"Novena. Que los demandados deben pagarme las costas del presente juicio."

Como fundamentos de derecho citó las disposiciones consignadas en los artículos 1930, 1546, 1608, 1935, 1613, 1961, 1548 y concordantes del Código Civil; 268 del Código Judicial, 42 de la Ley 57 de 1887, y los siguientes hechos:

"**a)** El señor doctor Angel María Romero compró al señor don José Posada Tavera un lote de terreno situado en el barrio de Las Cruces, de esta ciudad, deslindado en el punto segundo de la parte petitoria de esta demanda, y según consta de la referida escritura número 1130, de cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, pasada ante el Notario 4° de esta ciudad.

"**b)** El precio de tal venta se estipuló en $ 2,500, de los cuales, según la propia escritura, el comprador doctor Romero quedó debiendo por concepto de tal compra, al vendedor, señor don José Posada Tavera, la suma de

$ 1,300, pagaderos con un plazo de seis meses, prorrogables a otros seis, plazos que se vencieron hace mucho tiempo, durante los cuales debiera el comprador demandado reconocer un interés a favor del vendedor Posada Tavera, de quien soy cesionario.

"c) El señor doctor Angel María Romero no cumplió con las obligaciones pactadas en la compraventa expresada, esto es, no pagó el precio total de la venta, ni lo ha pagado aún, ni siquiera, en tánto tiempo transcurrido desde aquel en que se vencieron los plazos, ha abonado un solo centavo de intereses, ni a mi causante señor Posada Tavera, ni al suscrito cesionario de aquél.

"d) El doctor Angel María Romero recibió el lote de terreno determinado en el contrato de venta aludido, y ha estado en posesión de dicho inmueble, y no sólo no ha pagado intereses sino que lo gravó el referido inmueble con una hipoteca por valor de $ 1,000 en favor de las demandadas señoras Ofelia Silva viuda de Santos y Soledad Silva, gravamen hipotecario que los demandados todos hicieron constar en la escritura pública número 23, de ocho de enero de mil novecientos veinticinco, pasada ante el Notario 4º de esta ciudad de Bogotá, y no obstante estar afectado de condición resolutoria tácita el contrato de compraventa del inmueble.

"e) En el contrato de hipoteca, tántas veces expresado, se expone el número y fecha de la escritura por la cual adquirió el demandado Romero la finca gravada, y era de conocimiento de las demandadas que el contrato por el cual adquirió la finca el doctor Romero estaba afectado de condición resolutoria.

"f) El día ocho de febrero de mil novecientos veintisiete, el vendedor y acreedor señor don José Posada Tavera, me cedió el crédito contenido en la escritura 1130, de cuatro de agosto, tántas veces nombrada, según la nota o notas de cesión puestas al pie del título respectivo, y al tenor de la escritura número 313, de diez y ocho de febrero de mil novecientos veintisiete, pasada ante el Notario de este Circuito de Bogotá.

"g) Por auto de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos veintisiete, el señor Juez 3º Civil de este Circuito decretó la notificación al demandado Romero, relativa a la cesión del crédito hecha a mi favor y a que se refiere el hecho inmediatamente anterior de esta demanda.

"h) El día dos (2) de marzo de mil novecientos veintisiete le fue notificada en forma legal al demandado Romero la cesión hecha a mi favor por el vendedor Posada Tavera, relativa al crédito que aparece en la escritura 1130, tántas veces nombrada."

Notificada a los demandados la demanda, se opusieron a que se hicieran las declaraciones pedidas. En cuanto a los hechos, aceptaron los marcados con las letras **a)** y **h)** y parte del marcado con la letra **b)**. Los demás los negaron.

El Juez falló así:

"1º Declárase resuelta la venta hecha por José Posada Tavera a Angel María Romero L., por escritura número 1130, de la Notaría 4ª de esta ciudad, de fecha cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, respecto de la siguiente finca: un lote de terreno situado en el barrio de Las Cruces de esta ciudad, alinderado así:

'Por el Norte, en una extensión de diez y siete metros cuarenta centímetros, con la calle tercera, comprendida entre las carreras sexta y séptima; por el Sur, con propiedad que es o fue de Francisca Martínez de Villarraga; por el Oriente, con la carrera sexta, en una extensión de veinte metros, y por el Occidente, con propiedades que son o fueron de la señora María Vásquez de Saravia.'

"2º Declárase que Angel María Romero L. está obligado a restituír la expresada finca a Carlos N. González, como cesionario de José Posada Tavera, dentro del término de tres días de notificada esta sentencia, y a pagar al mismo González los frutos civiles de la misma finca, no sólo los percibidos sino los que Posada Tavera y su cesionario hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el inmueble en su poder, desde el cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, hasta que se verifique la restitución del mismo, en la proporción que corresponda a los mil trescientos pesos, parte del precio no pagada.

"3º Declárase que Angel María Romero L. está en la obligación de pagar a Carlos N. González los perjuicios que a él y a su cedente causó con el incumplimiento del contrato de venta que aquí se declara resuelto.

"4º Se reserva a las partes sus derechos para que en juicio separado se fije la cuantía de los frutos y perjuicios.

"5º Declárase que Carlos N. González está obligado a pagar a Angel María Romero L., dentro de tres días de notificada esta sentencia, la cantidad de mil doscientos pesos moneda corriente, sin intereses, hasta el vencimiento de dicho término.

"6º Declárase resuelta la hipoteca constituída por Angel María Romero L. a favor de Ofelia Silva viuda de Santos y Soledad Silva, sobre la finca expresada, por medio de la escritura número 23, de ocho de enero de mil novecientos veinticinco, pasada ante el Notario 4º de este Circuito.

"7º Cancélense esta última escritura y el registro de la misma hipoteca en los Libros número segundo y de Anotación de Hipotecas. No hay lugar a la cancelación del registro de la escritura de venta, porque ella queda cancelada por la inscripción de este fallo.

"8º Se condena al demandado Romero a pagar las costas del juicio. No se hace la misma condenación contra las demandadas Silvas. Oportunamente se cancelarán las inscripciones de las demandas....."

De esta sentencia interpusieron apelación ambas partes. Previa sustanciación del recurso, dentro del cual desistió el demandante de su acción contra las demandadas Silvas, el Tribunal decidió la controversia en estos términos, por sentencia de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos treinta:

"1º Declárase resuelta la venta hecha por José Posada Tavera a Angel María Romero L., por escritura pública número 1130 de la Notaría 4ª de esta ciudad, de fecha cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, respecto de la siguiente finca: un lote de terreno situado en el barrio de Las Cruces de esta ciudad, alinderado así:

'Por el Norte, en una extensión de diez y siete metros cuarenta centímetros, con la calle tercera, comprendida entre las carreras sexta y séptima; por el Sur, con propiedad que es o fue de Francisca Martínez de Villarraga; por el Oriente, con la carrera sexta, en una extensión de veinte metros, y por el Occidente, con propiedades que son o fueron de la señora María Vásquez de Saravia.'

"2º Declárase que Angel María Romero L. está obligado a restituir a la expresada finca, con todo lo que legalmente accede a ella, a Carlos N. González, como cesionario de José Posada Tavera, dentro del término de tres días, y a pagar al mismo González los frutos naturales y civiles que esa finca haya producido, desde el cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro hasta la fecha de la contestación de la demanda, o sea hasta el diez y seis de agosto de mil novecientos veintisiete, y los frutos de la misma finca, no sólo los percibidos sino los que Posada Tavera y su cesionario hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el inmueble en su poder, computados de esa manera desde la mencionada fecha de la contestación de la demanda hasta cuando se verifique la restitución. La condena sobre frutos hecha en este punto debe entenderse sólo en la proporción que corresponda a los mil trescientos pesos, parte del precio no pagada.

"3º Declárase que Angel María Romero L. está en la obligación de pagar a Carlos N. González los perjuicios que a él y a su cedente causó con el incumplimiento del contrato de venta que aquí se declara resuelto.

"4º Se declara que Carlos N. González está en la obligación de abonar a Angel María Romero L. las mejoras útiles que éste haya hecho en la finca a que se refiere esta sentencia.

"5º Se reserva a las partes sus derechos para que, en juicio separado, se fije la cuantía de los frutos y perjuicios, y se determine lo relativo a las mejoras de que trata el punto anterior.

"6º Declárase que Carlos N. González está obligado a pagar a Angel María Romero L., dentro del término de tres días, la cantidad de mil doscientos pesos ($ 1,200) moneda corriente, sin intereses, hasta el vencimiento de dicho término.

"7º No hay lugar a ordenar la cancelación del registro de la escritura de venta, porque queda cancelada con la inscripción de este fallo.

"8º Se condena al demandado Angel María Romero L. en las costas de la primera instancia. No se hace especial condenación en las costas de la segunda instancia.

"En los términos anteriores queda reformada, en lo que está sujeto al fallo, la sentencia de primera instancia."

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación ambas partes. El recurso es admisible, atendidas su naturaleza y cuantía, y por ello se procede a estudiarlo, empezando por el de la parte demandada.

Esta parte alegó las causales primera y segunda de las que reconoce el artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Causal segunda.

Dice el autor del recurso que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, porque dejó de resolver sobre puntos sometidos al debate, como fueron las excepciones de inexistencia de la cesión que invoca el demandante, nulidad de ésta e ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante González. Que si bien es cierto que en la parte motiva del fallo el Tribunal hizo algunas consideraciones en relación con los hechos y fundamentos de tales excepciones, nada dijo en la parte resolutiva, que es donde se determinan los derechos y obligaciones de las partes y se definen las pretensiones debatidas en el juicio, y en donde está toda la fuerza de los fallos, según lo ha dicho esta corporación. Que habiendo el Tribunal guardado silencio en la parte resolutiva de su fallo sobre tales excepciones, debe anularse éste totalmente y devolver el expediente al Tribunal para que dicte el fallo que debe reemplazar al anulado.

Violación de los artículos 1500, 1740, 1741, 1961 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890.

Se considera:

El cargo no es fundado, porque si, como lo reconoce el autor del recurso, el Tribunal consideró las excepciones en la parte motiva de su sentencia, aunque no dijera nada de ellas en la parte resolutiva, siempre hay fallo implícito de tales defensas, según lo ha reconocido la Corte en numerosos fallos. La parte en que el Tribunal consideró aquellas excepciones, dice:

"En su alegato de conclusión presentado en esta instancia, hace el demandante una dispendiosa exposición, para deducir de ella que a su favor resultan acreditadas del expediente las excepciones que él denomina de existencia de la cesión, nulidad de la misma; o ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante."

Todas estas defensas las apoya en el siguiente hecho verdadero:

Que la copia de la escritura en la cual se puso la nota de cesión, fue expedida el diez y nueve de febrero de mil novecientos veintisiete, y la nota de cesión que en esa misma escritura aparece, está fechada el diez y ocho de los mismos mes y año, o sea un día antes a la fecha de expedición de la copia.

No obstante esa circunstancia, para la Sala no es suficiente a viciar el derecho del cesionario señor González ni su personería sustantiva, para demandar en este juicio en la forma en que lo ha hecho. (Siguen las razones que da el Tribunal). Sigue el fallo:

"Y estas consideraciones llevan al Tribunal a no acompañar al demandado en las consecuencias que pretende deducir del referido hecho, y a considerar, en cambio, que la personería del señor Carlos N. González es suficiente para los fines que él se propone en este juicio, ya que, por otra parte, a él le fueron cedidos todos los derechos y acciones que para el vendedor se originaron en el contrato consignado en la escritura número 1130, como lo dice el **otrosí** que lleva la nota de cesión, lo que hace igualmente inaceptable la argumentación que el demandado formula en relación con el traspaso de la hipoteca, pues esa nota de cesión comprende no solamente la garantía hipotecaria sino todos los derechos que por la referida escritura corresponden al cedente.

"Siendo admisible la personería del actor, procede considerar la acción de resolución propuesta."

El cargo no es, pues, fundado.

Causal primera.

Dice el recurrente que el demandante fundó las excepciones de inexistencia de la cesión, nulidad de la misma e ilegitimidad de la personería de la parte demandante en estos hechos, que son ciertos:

"1º La copia de la escritura en que consta el contrato cuya resolución se persigue—número 1130, de cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, Notaría 4ª—que

el demandante presentó con su libelo, la que aparece expedida por el Notario el diez y nueve de febrero de mil novecientos veintisiete.

"2º En esa copia, que es el título del crédito que el actor en el juicio invoca como base y fundamento de su acción, aparece la nota de cesión puesta por el señor Posada Tavera a favor del demandante, nota que lo mismo que su aclaración o adición, lleva fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veintisiete.

"3º Resulta, por consiguiente, que esta nota fue puesta un día antes de la expedición del instrumento en donde se halla, es decir, la víspera del día en que ese instrumento tuvo vida jurídica y aun material, lo que es física y moralmente absurdo e imposible de aceptar como cierto y efectivo.

"El sentenciador—continúa el recurrente—acepta como evidentes estos hechos.... Sin embargo, encuentra como 'clara explicación,' que aniquila el mérito de los citados hechos cuya existencia y prueba no pudo negar, la leyenda que narra en seguida y que ningún respaldo tiene en los autos, consistente en suponer que el diez y ocho de febrero se celebró entre el señor Posada Tavera y el señor González el contrato de cesión, como lo acredita la escritura número 313, otorgada en ese día en la Notaría 5ª, "y que como el cedente tenía que entregar el título del derecho cedido, y ese título no le fue suministrado hasta el día siguiente, en ese día, diez y nueve, le puso la correspondiente nota de cesión, y por esto aparece en la copia expedida el diez y nueve la cesión fechada el diez y ocho.' "

Anota el recurrente que como en los autos no hay asomo de prueba acerca de esa historia inventada por el sentenciador, al forjarla así apreció mal todos los elementos del proceso, principalmente la copia del referido instrumento número 1130 y las notas de cesión puestas en la misma, e incurrió así en flagrante error de hecho y en error de derecho; le dio una extensión o alcance de que carecen en absoluto; las interpretó errónea y desacertadamente, y violó con ello las disposiciones citadas, dejándolas de aplicar al caso del pleito. Porque para que la cesión de un crédito tenga existencia jurídica y produzca efectos legales, es indispensable que el título del crédito lleve "anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente" (Código Civil, artículo 1961). La cesión es, pues, un contrato solemne (ibídem, artículo 1500), una de cuyas formalidades especiales es esta anotación de traspaso en el título del crédito. "Luego si la anotación es—continúa el autor del recurso—como en el caso de que se trata aquí, inverosímil, falsa e imposible, porque no hay manera de ponerla antes de que el título esté en la existencia material, porque aparece con fecha anterior a la del título, necesario es concluir que no existe, y que, desde el punto de vista legal, que es el en que debe colocarse el juzgador de derecho, carecen en absoluto de valor. Y no existiendo la anotación, la cesión tampoco puede tener vida, porque es, como queda visto, un contrato solemne; que requiere esa formalidad, y porque en los contratos solemnes el convenio de las partes no puede considerarse separado de la solemnidad misma exigida por la ley para su existencia, porque si no se han llenado los requisitos de forma indispensables para la constancia legal del contrato, aquél no ha existido, y las declaraciones de las partes al respecto carecen de valor."

"En esas condiciones—concluye el recurrente—la cesión de que vengo tratando, o sea la que el demandante invoca como fundamento de su acción, es nula, porque le falta uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del contrato, según su especie (artículo 1740, Código Civil), de nulidad absoluta, porque el requisito o formalidad se prescribe en consideración a la naturaleza de la convención (artículo 1741 ibídem). Y yo tengo derecho para alegar esa nulidad, según lo prescribe el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque tengo interés en ello y no intervine en la celebración del contrato en referencia."

Que la sentencia dejó de aplicar todos estos preceptos legales, y consiguientemente los violó, tanto de modo directo como por efecto de los errores anotados, porque estimó que evidentemente, la nota de cesión fue puesta pero con anterioridad a la existencia del título del crédito, y al reconocerlo así, debió rechazarla, y con aplicación de las disposiciones anteriores, concluir que no hubo tal cesión y reconocer las excepciones alegadas.

Se considera:

Para rechazar el Tribunal las excepciones propuestas por el demandado, de inexistencia de la cesión, nulidad de la misma e ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, después de anotar el hecho cierto de que la nota de cesión del crédito fue puesta con fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos veintisiete en la copia de la escritura expedida el diez y nueve del mismo mes y año, dice la Sala:

"Para la Sala falladora el asunto tiene una clara explicación. La escritura presentada como del pleito es una segunda copia. No se conoce el motivo porqué sea segunda copia, ni de ello tiene importancia sustancial, porque sea cual fuere el medio por el cual el vendedor señor Posada Tavera obtuviera la expedición de esa segunda copia, eso no sería motivo de invalidez de la escritura, porque la ley en parte alguna sanciona con el desconocimiento de su valor probatorio la copia de una escritura respecto de la cual no se ha probado que fue obtenida por quien la presenta en la forma que la ley prescribe el efecto. Esa segunda copia fue expedida el diez y nueve de febrero; pero el día anterior, diez y ocho del mismo mes, se había celebrado entre el señor Posada Tavera y el señor González el contrato de cesión del crédito y de los derechos que al primero correspondía por consecuencia del contrato celebrado con el señor Romero, así lo acredita con plena prueba la escritura número 313 citada, de la que consta ese contrato de cesión efectuado el día diez y ocho, y como el cedente tenía que entregar el título del derecho cedido, y ese título no le fue suministrado hasta el día siguiente, en ese día diez y nueve le puso la correspondiente nota de cesión, y por eso aparece en la copia expedida el diez y nueve la cesión fechada el diez y ocho, sin que de allí pueda desprenderse inexistencia de la cesión, puesto que basta lo dicho para ver que sí existe; ni nulidad, porque en forma alguna se ha contravenido a ningún mandato legal, en condiciones de acarrear esa sanción, ni de manera expresa se encuentra establecida por la ley esa pena para un caso como el contemplado, en que no aparece ninguna intención dolosa ni ningún perjuicio de tercero. Y estas consideraciones llevan al Tribunal a no acompañar al demandado en las consecuencias que pretende deducir del referido hecho, y a considerar, en

cambio, que la personería del señor Carlos N. González es suficiente para los fines que él persigue en este juicio, ya que, por otra parte, a él le fueron cedidos todos los derechos y acciones que para el vendedor se originaron en el contrato consignado en la escritura número 1130, como lo dice el **otrosí** que lleva la nota de cesión, lo que hace igualmente inaceptable la argumentación que el demandado formula en relación con el traspaso de la hipoteca; pues esa nota de cesión comprende no solamente la garantía hipotecaria, sino todos los derechos que por la referida escritura correspondan al cedente. Siendo admisible la personería del actor, procede considerar la acción de resolución propuesta."

Considera la Corte que aunque es evidente el hecho de haberse puesto por el cedente la nota de cesión del crédito con fecha anterior a la de la expedición de la segunda copia de la escritura en que consta el crédito cedido, y aunque no sea la explicación que da el Tribunal de tal error del cedente Posada Tavera, la única pertinente, no por ello puede concluirse que el sentenciador apreciara mal dicho título y la nota de cesión y que, por consiguiente, violara las disposiciones que cita el autor del recurso en este cargo, porque es lo cierto que el cedente entregó el título de su crédito con la nota de cesión o traspaso, autorizada por dicho cedente, y en que se designa el cesionario. Esta entrega, no por ser necesariamente posterior a la expedición de la segunda copia del título, dejó de hacerse al cesionario con la del título separado que, sin duda, para abundar en seguridades le otorgó el cedente, y fue anterior a la notificación de la cesión al deudor del crédito, señor Romero, y a la demanda materia del presente juicio; no sólo porque fue el cesionario González quien presentó ambos títulos para esa notificación, sino porque consta de autos que esto se hizo con anterioridad a la presentación de la demanda materia del juicio. Siendo esto así, no puede declararse que el Tribunal hubiera incurrido en la errada interpretación de la nota de cesión, que ésta sea nula, y que el demandante careciera de la personería sustantiva que se alega como fundamento del cargo.

Segundo motivo.

Violación de los artículos 1932 y 1545 del Código Civil, el primero por aplicación indebida, y el segundo por haberlo dejado de aplicar.

Este cargo se refiere al punto segundo de la sentencia, en cuanto el Tribunal condenó al demandado Angel María Romero a restituír al cesionario demandante los frutos de la finca en proporción a la parte del precio no pagado por aquél y desde la fecha del contrato de venta, cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro hasta la fecha de la contestación de la demanda. Para hacer este pronunciamiento dijo el Tribunal:

"Por otra parte, el artículo 1545, al establecer una regla general respecto de frutos para el caso de que se verifique una condición resolutoria, habla de frutos percibidos. Al efecto dice:

'Verificada una condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario.'

"Y la ley, por medio del artículo 1932, establece una excepción a esa regla en el caso de haberse cumplido la condición resolutoria tácita por incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes; pero para seguir el sistema preconizado en la regla general, forzoso es entender que la excepción se refiere también solamente a los frutos percibidos, ya que ninguna salvedad hace al efecto el artículo 1932, y siempre que sobre el particular no concurran los requisitos generales que hacen cargar al poseedor vencido con el carácter de poseedor de mala fe. No habiéndose probado la mala fe, procede condenarlo a pagar simplemente los frutos que haya producido la finca, en parte proporcional al precio pagado, antes de la contestación de la demanda, y a los producidos con posterioridad a esa contestación, de acuerdo con la regla general consignada en el inciso 3º del artículo 964, reformando en ese sentido la sentencia apelada."

Ataca el recurrente los conceptos anteriores, y sostiene que con ellos el Tribunal violó directamente el artículo 1932 del Código Civil, por errónea interpretación e indebida aplicación, y el artículo 1545 de la misma obra, por haber dejado de aplicarlo, siendo pertinente. El compendio de este cargo consiste en que por el contrato materia de la litis no se pactó la condición resolutoria de modo expresó, única que resuelve **ipso facto** el contrato, sino que apenas se trata de una condición resolutoria tácita, y este fenómeno no se produce sino por la sentencia firme que decreta esa resolución, como lo dijo la Corte en fallo que cita el recurrente, del año de mil ochocientos noventa y seis. Que si bien el artículo 1932 del Código Civil da al comprador (al vendedor debió decirse), derecho a frutos, no expresa cuáles sean esos frutos; pero como el artículo 1545 de la propia obra excluye de la restitución los frutos percibidos por el comprador en el tiempo intermedio, debe concluirse que los frutos debidos por el comprador al decretarse la resolución, son únicamente los posteriores a la notificación de la demanda.

Se considera:

El cargo no es fundado, porque la Corte ha declarado en varios fallos modificando la doctrina consignada en el que cita el recurrente; que el artículo 1545 del Código Civil no es aplicable al caso de resolución de la venta por no pago del precio, sino el artículo 1932, por ser especial, ya que el mismo artículo 1545 deja a salvo, en cuanto a frutos, lo que la ley, el donante o las partes estipulen en casos especiales, y precisamente la ley, en el artículo 1932, da una regla especial para la restitución de frutos, o sea que el poseedor vencido en la resolución debe frutos en proporción a la parte del precio que dejó de pagar. ¿Desde cuándo? Naturalmente desde que el comprador recibió la cosa; porque si bien parte de esos frutos se compensa con los intereses de la parte del precio que se ha pagado, en cuanto a la parte no pagada representan el goce de la cosa que viene desde la entrega de la cosa vendida, y no es justo que, no obstante la mora en que el comprador ha incurrido, el vendedor quede privado de esa parte de frutos. Por consiguiente, al partir el Tribunal para la restitución de frutos, en este caso desde la fecha del contrato, en que se dice se entregó la cosa al comprador Romero, lejos de violar el artículo 1932 del Código Civil, tomó el punto de partida que indica este texto legal, y por este aspecto no pudo violarlo al aplicar tal disposición, ni el artículo 1545 del mismo Código, por no ser aplicable.

Recurso del demandante.

Esta parte alegó ante la Corte las causales primera y segunda de las que reconocía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896. Con apoyo en la causal segunda acusa la sentencia, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Funda el recurrente esta causal en que el Tribunal, en el punto 4º de su sentencia, declara que el demandante Carlos N. González "está en la obligación de abonar a Angel María Romero (demandado) las mejoras útiles que éste haya hecho en la finca a que se refiere esta sentencia." Expresión que está demostrando—continúa el recurrente—que el fallo no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, porque esto no fue materia de la demanda, ya que en ésta se pidió que el demandado fuera condenado a restituir la finca, una vez decretada la resolución, como poseedor de mala fe; el artículo 966 del Código Civil, en su inciso 1º, da derecho a cobrar mejoras útiles al poseedor de buena fe, pero no al de mala fe. Que por la parte demandada, de debate, si bien lo situó en el terreno de oponerse a las declaraciones pedidas, parecé, por memoriales que presentó en el juicio, y que el recurrente transcribe, que cree posible se le condene como poseedor de mala fe. Tal es, en síntesis, el cargo.

Se observa:

Cierto que no fue materia de la demanda el pago de mejoras del demandante; pero ello no quiere decir que sea el caso de la causal segunda, porque el pago de aquellas mejoras es consecuencial de la restitución, aunque así no se pidiera, como lo es esta restitución, al resolverse el contrato, porque el objeto de la resolución es volver las cosas al estado anterior. (Casación de 24 de junio de 1921, tomo XXVIII, página 360). Ahora, si el Tribunal aplicó indebidamente el inciso 1º del artículo 966 del Código Civil, y lo violó, haciendo una condenación en más de lo pedido, el error en el fallo no se corrige por la causal segunda, sino por la primera, conforme al numeral 1º del artículo 12 de la Ley 90 de 1920, porque sólo lo afectaría parcialmente. El cargo no procede.

Causal primera.

Violación de los artículos 1545 y 1932 del Código Civil, y 5º de la Ley 57 de 1887. Se refiere este cargo al aparte siguiente de la sentencia:

"La restitución de la parte de frutos que ordena la sentencia apelada, proporcional a la parte de precio no pagada, está autorizada por el primer inciso del artículo 1932 transcrito, pero la orden de restituír esos frutos, considerando al demandado como poseedor de mala fe, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso final de la misma disposición, no la encuentra legal el Tribunal, porque ese miembro del artículo establece la presunción de mala fe en contra del comprador, que no cumplió con su obligación, sólo en relación al abono de las expensas y los deterioros, pero no para el de los frutos, y siendo una disposición de carácter penal, no puede aplicarse sino a lo que expresamente prevé, y por lo mismo, no da lugar a una interpretación extensiva a otros casos o materias. Las expensas, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 965 del Código Civil—continúa el Tribunal—dicen relación a la conservación de la cosa y los deterioros, mencionados en el artículo 963, se refieren a los que el poseedor haya ocasionado a la cosa, y uno y otro concepto se diferencian sustancialmente del concepto de frutos de que habla el artículo 964, concepto al cual no hace referencia el 1932, siendo, por tanto, aplicable a él la norma del artículo 762, según la cual la buena fe se presume.

"Por otra parte—sigue el sentenciador—el artículo 1545, al establecer una regla general respecto de frutos para el caso de que se verifique una condición resolutoria, habla de frutos percibidos. Al efecto dice:

'Verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario.'

"Y la ley ,por medio del artículo 1932—dice el Tribunal—establece una excepción a esa regla en el caso de haberse cumplido la condición resolutoria tácita por incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes; pero para seguir el sistema adoptado en la regla general, forzoso es entender que la excepción se refiere también solamente a los frutos percibidos, y que ninguna salvedad hace al efecto el artículo 1932, y siempre que sobre el particular no concurran los requisitos generales que hacen carga al poseedor vencido con el carácter de poseedor de mala fe. No habiéndose probado la mala fe del demandado, procede a condenarlo a pagar simplemente los frutos que haya producido la finca, en la parte proporcional al precio pagado, antes de la contestación de la demanda, y a los frutos producidos con posterioridad a esa contestación, de acuerdo con la regla general consignada en el inciso 3º del artículo 964, reformando en ese sentido la sentencia."

Arguye el autor del recurso que con los conceptos anteriores violó el Tribunal las disposiciones sustantivas citadas en este cargo, por el error consistente en considerar al poseedor como de buena fe al resolverse el contrato, contra disposición especial del artículo 1932, desatendiéndola abiertamente, y dando preferente aplicación a la del artículo 1545 del Código Civil, con lo cual fueron ambas violadas, lo mismo que la del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, según el cual la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

Que al poseedor vencido sólo se le considera como poseedor de buena fe, cuando, conforme al inciso último del artículo 1932 del Código Civil, la doctrina de expositores y jurisprudencia de la Corte que el recurrente cita, dicho poseedor comprueba que ha sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes, que le hagan imposible cumplir lo pactado.

Se observa:

El cargo no es fundado, porque el inciso 1º del artículo 1932 del Código Civil es especial, y en él se contempla únicamente la compensación para el vendedor entre los frutos de la cosa en relación con la parte de precio que ha dejado de pagar el comprador, sin tener en cuenta la buena o mala fe de éste, porque la disposición no lo dice. Y el hecho de que el inciso 2º del mismo artículo sólo considera de mala fe al comprador para el efecto de restitución de expensas y pago de deterioros, está indicando, como dice el Tribunal, que para la restitución de los frutos no se le considera con ese carácter. Así lo resolvió la Corte en sentencia de casación de 29 de junio de 1919 (**Gaceta Judicial** número 1415). De modo que al ordenar el Tribunal en el numeral 2º de la parte re-

solutiva de su fallo, que el demandado Romero debe restituir al demandante González los frutos naturales y civiles que el lote materia de la resolución haya producido desde el cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, fecha del contrato, lejos de haber violado los artículos 1545 y 1932 del Código Civil, los interpretó y aplicó rectamente.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos treinta, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio. No hay costas, por haber recurrido ambas partes.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Secretaría y por medio de la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A. —Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juez 1º del Circuito de Santa Rosa de Cabal, la señora Juliana Patiño, por medio de apoderado, demandó en vía ordinaria al señor Jesús Antonio Alzate, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura número treinta y cuatro, de que trata este libelo.

"Segunda. Que, en consecuencia, el demandado está en la obligación de restituir a mi poderdante dentro del plazo que usted le señale, el inmueble materia de la compraventa, el cual queda anteriormente alinderado.

"Tercera. Que debe pagar las costas del juicio."

Apoyó su demanda en los artículos 1608, 1609, 1546, 1544 del Código Civil y demás disposiciones concordantes y en los siguientes hechos:

"1º Por escritura pública número treinta y cuatro, de diez y seis de enero del año en curso, otorgada en San Francisco, mi poderdante le vendió a Jesús Antonio Alzate un lote de terreno con casa de habitación, situado hacia la parte occidental del área de aquella población, en el cruce que forma la calle de La Pola con la carrera Caldas, alinderado así:

'Hacia el Oriente, con la calle La Pola; hacia el Norte, con terreno que comprende la escuela urbana de varones; hacia el Sur, con la carrera de Caldas, y por el Occidente, con predio de María Antonia Vallejo, María Jesús, Benito, Isbel, Ezequiel, Mercedes y Vicente Vallejo, Luis Carlos Ramírez e Hipólito Herrera, siguiendo el lindero del terreno del citado Herrera, en línea recta, a encontrar el predio delimitado, o sea el punto de partida, formado por el cruce de la calle y carrera expresadas.'

"2º Por la misma escritura le vendió mi poderdante a Jesús Antonio Alzate un crédito personal contra José Vicente Vallejo, por doscientos noventa pesos; otro contra Ezequiel Vallejo, por mil doscientos pesos, y otro contra Hipólito Herrera, por ochocientos setenta pesos.

"3º La vendedora le hizo entrega del terreno al comprador, y le cedió los créditos, como consta de la misma escritura.

"4º El precio de la venta consiste en la obligación que el comprador se impuso de suministrarle a la vendedora todo lo necesario para su congrua subsistencia, inclusive médico, medicamentos y asistencia en caso de enfermedad. Los gastos de entierro en caso de muerte, invirtiendo la suma necesaria para el gasto de treinta misas a San Gregorio, y cincuenta pesos para el frontis, y dándole la misma casa que hoy ocupa; o sea la que accede al terreno que le vende para vivir hasta su muerte.

"5º La señora Juliana Patiño es mujer viuda, anciana de cerca de ochenta años, y no tiene hermanos, hijos ni hijas que vivan con ella y le prodiguen los cuidados y consideraciones que reclama su avanzada edad.

"6º No habiendo podido acordarse las partes en la naturaleza ni en la cuantía de los gastos correspondientes a la congrua y decente sustentación de la vendedora, ésta ocurrió a usted, señor Juez, para que se fijara la cuota mensual que debía pasarle el comprador en virtud del convenio constatado en la escritura treinta y cuatro ya dicha.

"7º El Juzgado 2º de este Circuito, por auto o sentencia de veintinueve de marzo último, señaló la suma de cien pesos moneda legal como cuantía que, por mesadas anticipadas, debía dar el señor Jesús Antonio Alzate a mi poderdante, para ésta atender a su subsistencia.

"8º En la misma providencia se dispuso que Alzate debía cumplir desde la misma fecha.

"9º De tal providencia fue notificado Alzate el treinta de marzo postrero, y contra ella no interpuso recurso alguno.

"10. Por auto de veintiocho de agosto próximo pasado se declaró ejecutoriada la respectiva providencia.

"11. El señor Alzate no ha cumplido con la obligación de suministrar a mi poderdante alimentos congruos, al tenor del contrato, en la forma a que se obligó en la escritura. Y su cumplimiento data desde la fecha de ésta.

"12. El mismo Alzate se ha denegado a pagar las mensualidades de cien pesos, que fueron fijadas desde el veintinueve de marzo. Su negativa data desde el treinta del mismo mes, fecha en que fue notificado de esta obligación."

El demandado se opuso a las pretensiones del actor; aceptó algunos de los hechos en que se apoya la demanda y negó los demás. Extemporáneamente alegó la excepción de cosa juzgada. El Juez falló así:

"1º Declárase resuelto el contrato celebrado entre Juliana Patiño y Jesús Antonio Alzate, constante en la escritura número treinta y cuatro, de diez y seis de enero de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría de San Francisco, resolución que tiene como causa el no haber pagado el comprador las mesadas de a cien pesos ($ 100) a que estaba comprometido, para atender a las necesidades de la demandante.

"2º El demandado, en consecuencia, restituirá a la demandante, dentro de tres días de la ejecutoria de esta sentencia, la finca alinderada materia de la compraventa."

Contra este fallo interpuso apelación el apoderado del demandado, y sustanciado el recurso, el Tribunal Superior de Manizales, por sentencia de trece de febrero de mil novecientos treinta y uno, confirmó la de primera instancia.

El demandado interpuso recurso de casación contra el fallo anterior, recurso que es admisible, y por ello procede la Corte a considerarlo.

Se alegó la causal primera de las que reconoce el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y se acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, ya directamente, ya a causa de mala apreciación de pruebas.

Primer cargo.

Violación de los artículos 1494, 1602, 1524 y 1618 del Código Civil, y 1433 del Código Judicial, por error de derecho en la apreciación de la prueba, consistente en el auto ejecutoriado por el cual el Juez 2º del Circuito de Santa Rosa (Caldas) señaló, a petición de Juliana Patiño y en actuación sumaria distinta de este juicio, la cantidad de cien pesos ($ 100) moneda legal, como pensión equivalente a las prestaciones a que se obligó Jesús Antonio Alzate a suministrar a Juliana Patiño, conforme al contrato contenido en la escritura número treinta y cuatro (34), otorgada el diez y seis de enero de mil novecientos veintiocho, Notaría de San Francisco.

El Tribunal, después de considerar otras pruebas del proceso, dijo:

"..... Aparece, pues, comprobado con las pruebas aducidas por el demandante, el traspaso que la señora Patiño hizo al señor Alzate del solar y casa de que da cuenta la escritura número treinta y cuatro (34), otorgada en San Francisco el diez y seis de enero de mil novecientos veintiocho, como la obligación que contrajo Alzate, según esa misma escritura, de suministrar a aquélla en pago de tal inmueble, y de algunos créditos que también le fueron cedidos por la demandante, alimentación, medicamentos, y, en una palabra, todo lo necesario para la congrua subsistencia de la Patiño; gastos estos cuyo valor no fue determinado en la misma escritura, pero que, por razón del auto dictado por el señor Juez de Santa Rosa a petición del demandante, el veintinueve de marzo de mil novecientos veintiocho, auto este contra el cual no hizo reclamo alguno el demandado, y que el mismo Juez declaró ejecutoriado, fueron fijados en la cantidad de cien pesos oro mensuales, que Alzate debía pagar a la demandante por mensualidades anticipadas. No habiendo, pues, reclamado Alzate contra tal auto, y habiendo quedado como quedó, ejecutoriado, es indudable que debe tenerse, en cuanto a la cantidad fijada en él, como una aclaración, adición o complemento al contrato de que da cuenta la escritura número treinta y cuatro, y por lo cual, y no habiendo cumplido Alzate con la obligación de suministrar a la demandante tal cantidad, en la forma como lo dispone el Juez en el auto de que se ha hablado, omisión esta en la cual se funda la demandante para pedir la resolución del contrato, tal resolución debe decretarse, ya que la obligación del demandado venía a quedar reducida en último término a entregar a la señora Patiño, para la congrua subsistencia de ésta, y por razón del citado contrato, la cantidad de cien pesos mensuales....."

Como fundamento en la causal primera, el recurrente arguye que el Tribunal violó por error de derecho en la interpretación del auto del Juez que el Tribunal cita, las disposiciones legales antes anotadas, porque no hay disposición legal alguna que autorice a los Jueces para fijar el precio en cualesquiera clase de contratos, cuando ese precio sea indeterminado; porque aun cuando existiera esa disposición, en este caso no hay indeterminación en el precio del contrato, ya que éste fue señalado en forma absolutamente clara en la escritura de contrato entre demandante y demandado, pues que allí se dice que el demandado debe suministrar a la demandante todo lo que ella necesita para su congrua subsistencia, y medios congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social, dice el artículo 413 del Código Civil; y porque el procedimiento que el Juez empleó para dictar el auto en que determinó la pensión, fue el sumario establecido en el artículo 1423 y siguientes del Código Judicial, sin ser el indicado, por tratarse de alimentos debidos por derecho de verdadera acción, nacida de un contrato, en el cual caso el procedimiento es el que indica el artículo 1433 del Código Judicial. Que al intervenir el Juez en el contrato escriturario, imponiendo a una de las partes obligaciones en que no había consentido conforme a dicho contrato, procedimiento que acogió el Tribunal, éste violó las disposiciones sustantivas y adjetivas citadas al principio.

Se considera:

Para resolver este cargo precisa ver la clase de contrato celebrado entre demandante y demandando. El contenido en la escritura número treinta y cuatro (34) de diez y seis de enero de mil novecientos veintiocho, Notaría de San Francisco, dice en lo pertinente:

"..... compareció Juliana Patiño....., y dijo:

"Que cedo al señor Jesús Antonio Alzate A., varón mayor de edad, vecino de este Distrito, a quien también conozco, en forma que causa enajenación, es a saber: un lote de terreno con casa de habitación, situado hacia la parte occidental del área de esta población, en el cruce que forma la calle de La Pola con la carrera de Caldas, alinderado así:

'Hacia el Oriente, con la calle La Pola; hacia el Norte, con terreno que comprende la escuela urbana de varones; hacia el Sur, con la carrera de Caldas, y por el Occidente, con predio de María Antonia Vallejo, María Jesús, Benito, Isabel, Ezequiel, Mercedes y Vicente Vallejo, Luis Carlos Ramírez e Hipólito Herrera, siguiendo el lindero del terreno del citado Herrera, en línea recta, a encontrar el predio delimitado, o sea el punto de partida, formado por el cruce de la calle y carrera expresadas.'

"Que lo vende con todas sus anexidades, según sus límites demarcados. Que incluye en la venta, además, en cesión, un crédito personal contra el señor José Vicente Vallejo, por valor de doscientos noventa pesos oro y sus correspondientes intereses, a razón del uno por ciento mensual; otro crédito personal contra el señor Ezequiel Vallejo, por la suma de mil doscientos pesos oro legal y sus correspondientes intereses; otro crédito personal contra el señor Hipólito Herrera, por valor de ochocientos sesenta pesos oro legal y sus respectivos intereses, a razón del uno por ciento mensual. En consecuencia entrega los documentos respectivos al comprador y cesionario Alzate A., excepto el que corresponde a la deuda contra Hipólito Herrera, que lo destruyó el deudor, pero que lo constituye por la presente cláusula para que surta sus efectos ante la ley.

"Que desde hoy entrega al comprador el expresado inmueble, con las acciones consiguientes, y que responderá del saneamiento de lo vendido, en la forma y en los mismos términos prescritos por la ley.

"Que el precio de lo vendido será el estipulado en las cláusulas siguientes."

"Presente el comprador, declara:

"Primero. Que el valor de esta cesión lo pagará el cesionario a la cedente, suministrándole, como efectivamente lo ha hecho desde hace dos meses, y a medida que sea necesario, todo lo que ella necesita para su congrua subsistencia, inclusive médico, medicamentos y asistencia en caso de enfermedad; los gastos de entierro en caso de muerte, invirtiendo la suma necesaria para el costo de treinta misas a San Gregorio, y cincuenta pesos oro para el frontis, y dándole la misma casa que hoy ocupa, o sea la que accede al terreno que le vende, para vivir hasta su muerte.

"Segundo. Que el valor de lo que el cesionario debe suministrar, se considera como equivalente al valor de los derechos cedidos; que el contrarto es oneroso, conmutativo y aleatorio.

"Tercero. Que la cedente no está obligada a dar ninguna otra cosa al cesionario, ni éste a nada más que a suministrarle lo expresado, sea cualquiera el tiempo que viviese la cedente.

"Cuarto. Que el valor del inmueble y demás derechos es el equivalente a todo cuanto debe suministrar el cecionario, obligación que caducará tan pronto como muera la cedente, y cumpla las demás obligaciones contraídas en la cláusula primera de este instrumento.

"Quinto. Que acepta esta escritura por satisfacerle completamente, y que cumplirá por su parte con las obligaciones que por el presente contrato ha contraído."

A primera vista parece que se tratara de un contrato de renta vitalicia, pero en realidad no es así, porque no se fijó en dinero la pensión que debía dar el contratante Alzate, como equivalente de las prestaciones de la otra parte, lo que es de la esencia de ese contrato. Se trata, a juicio de la Corte, de un contrato innominado aleatorio; pues por él contrajo Alzate las obligaciones de sostener a la enajenante Patiño, cuidarla durante su vida y atenderla en su enfermedad, si ocurría, lo que, conforme a la opinión de los expositores, son obligaciones de hacer y de dar, distintas de las de dar simplemente, que es constitutiva y esencial del contrato de renta vitalicia. Tratándose, pues, de un contrato simplemente innominado, está sujeto a la regla general consignada en el artículo 1546 del Código Civil, de ser resoluble en caso de incumplimiento por alguna de las partes. Ahora: el hecho de que el Juez hubiera fijado en dinero lo que el contratante Alzate se comprometió a suministrar a la demandante Patiño, por haber ocurrido diferencias entre las partes en cuanto al cumplimiento, no es propiamente fijar el precio del contrato y variar su naturaleza, ni imponer al demandado condiciones distintas de las en que había consentido, porque ellas aparecen en el contrato claras y expresas, sino estimar en dinero el equivalente de esas prestaciones, que por razón de las circunstancias podían variar, y por lo mismo no era dable y hasta equitativo fijarlas de antemano de modo preciso, sobre todo para el caso de incumplimiento por una de las partes. Al hacer esa fijación, el Juez estimó que se trataba de alimentos debidos en virtud de un título que prestaba mérito ejecutivo, en armonía con el artículo 1423 del Código Civil. Si esto no era así, y si el título exhibido por la solicitante Patiño no tenía la calidad de título ejecutivo, el demandado Alzate debió reclamar contra la providencia del Juez que así lo declaró, y no lo hizo sino que lo dejó ejecutoriar. Por consiguiente, no puede reconocerse un manifiesto error de derecho al tener en cuenta para decretar la resolución demandada el auto del Juez en que el cargo se apoya.

Dice también el autor del recurso que al aceptar el Tribunal la providencia del Juez en que estimó en cien pesos ($ 100) la cantidad que mensualmente debía entregar Jesús Antonio Alzate a Juliana Patiño, le dio fisonomía jurídica al contrato contenido en la escritura número treinta y cuatro (34), base de la litis, convirtiéndolo de innominado y aleatorio en un contrato de renta vitalicia que, conforme a las disposiciones del Código Civil, no es resoluble, ni siquiera rescindible, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2294 de la misma obra, con lo cual el Tribunal violó directamente todas las disposiciones legales sobre el contrato de renta vitalicia, por errónea interpretación de ellas.

Se considera:

Este cargo tiene la misma respuesta que el anterior, pues la determinación que el Juez hizo del equivalente de las prestaciones a que quedó obligado el demandado Alzate en el contrato materia del juicio, no se encaminó a convertir el contrato de innominado en contrato de renta vitalicia, sino a regular, por petición de una de las partes, acogida sin reclamo por la otra, las prestaciones convenidas que ésta debía hacer y que dejó de cumplir, lo que en definitiva no es otra cosa que fijar en dinero una indemnización equivalente a las prestaciones de una de las partes, por haber dejado de cumplir lo estipulado. Si el procedimiento no era el que correspondía para hacer la regulación de dicha indemnización, ya se dijo que el demandado debió no dejar que se ejecutoriara la resolución del Juez y no lo hizo. Por eso el cargo no es admisible.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha trece de febrero de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en este juicio. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Cali, la señora Inés Borrero demandó al señor Francisco Guerrero como esposo de Benedicta Alvear, y dueño de los derechos de María Paz Alvear, para que mediante la tramitación de un juicio ordinario se hiciesen contra él las siguientes declaraciones:

"Primera. Pertenece a Inés Borrero una casa con su terreno, ubicada en el barrio de San Nicolás, de este Distrito, comprendida dentro de los siguientes linderos:

'Por el Norte, con solar de Teresa Mina; por el Sur, la carrera 8ª por el medio, con el taller que fue del tranvía de Cali; por el Oriente, con casa y solar de Inés Borrero, y por el Occidente, con solar de Ernesto Granja.'

"La casa tiene de frente diez y nueve metros veinticinco centímetros, y cincuenta y seis metros con ochenta centímetros de fondo, en virtud de donación remuneratoria hecha por el señor Marco Antonio Alvear, según consta de la escritura privada de fecha diez de febrero de mil novecientos diez y seis, y por ser edificada en parte por la demandante.

"Segunda. El señor Francisco Guerrero, en su carácter antes expresado, debe restituir la expresada casa con su terreno, dentro del término de tres días de ejecutoriada esta sentencia, libre de todo gravamen, a la señora Inés Borrero.

"Tercera. El mismo señor Guerrero está obligado a pagar los frutos civiles y naturales desde el día veintitrés de marzo de mil novecientos veintiocho, en que se apoderó de dicha casa, más las costas del juicio, si lo afronta."

Fundó esta demanda en los hechos siguientes:

"a) La casa cuya restitución demando me fue dada en pago de servicios remuneratorios, prestados al señor Marco A. Alvear por más de cuarenta años, según consta de la escritura privada que presento.

"b) Dicha casa, con su terreno, fue construída a expensas comunes con el señor Marco A. Alvear, y poseída juntamente con él, en un espacio mayor de treinta años.

"El terreno sobre que está edificada la casa perteneció al señor Marco A. Alvear, por compra hecha a los señores Manuel María y Tomás J. Alvear, por escritura pública número 379, de ocho de agosto de mil novecientos dos, y la casa fue construída con dinero propio de la demandante.

"d) El señor Francisco A. Guerrero formalizó el juicio de sucesión de Marco A. Alvear, en el cual se declararon como herederos **ab intestato** a María Paz y Benedicta Alvear, esposa de Francisco Guerrero. Provisto de esos elementos, obtuvo la adjudicación de esa casa, previa inclusión indebida del inmueble que reclamo, en los inventarios. Por medio de la Gobernación del Departamento se consumó el despojo que me hizo de dicho inmueble, el día veintitrés de marzo de mil novecientos veintiocho."

Subsidiariamente pidió se declarase "que la demandante Inés Borrero es dueña del inmueble antes dicho, por haberlo poseído por más de treinta años. Y si en el caso improbable de que no se hiciese ninguna de las dos declaraciones anteriores, pido se condene al demandado Francisco Guerrero a pagarme como representante de la sucesión de Marco A. Alvear, la cantidad de diez mil pesos ($ 10,000), valor de mis servicios remuneratorios prestados al señor Marco A. Alvear, **de cujus**."

Expresó que los hechos de esta petición subisidiaria están consignados por el causante en el documento que acompaña al libelo.

Como disposiciones de derecho citó los artículos 1490 y 1492 del Código Civil.

Contestó el demandado rechazando las pretensiones de la actora, negando todos los hechos, menos el marcado con la letra **d)**, que aceptó con algunas aclaraciones, y opuso las excepciones de carencia de acción, petición de un modo indebido, nulidad e ineficacia del documento que se presentó como título de propiedad y de cobro.

El Juez del Circuito absolvió al demandado de los cargos de la demanda, y el Tribunal Superior de Cali confirmó con costas la sentencia del inferior.

Contra el fallo del Tribunal, el apoderado de la señora Borrero interpuso recurso de casación, que la Corte admite, por reunir para ello las condiciones legales, y procede a fallar en el fondo.

El recurrente prescinde de la acción principal y de la fundada en la prescripción, y limita sus reparos a la acción subsidiaria, o sea la relativa al pago de la cantidad en que fueron justipreciados los servicios que la demandante prestó durante treinta años al señor Marco A. Alvear.

Uno de los fundamentos de la sentencia del Tribunal para absolver al demandado, es el de que no se ha establecido que las obligaciones que tenía Marco Antonio Alvear se hayan transferido a Francisco Guerrero. Verdad—dice la sentencia—que éste ha sido demandado como esposo de Benedicta Alvear y dueño de los derechos de María Paz Alvear, mas no se adujo la prueba de que Guerrero es marido de Benedicta y sucesor de los derechos de María Paz, ni la de que éstas sean sucesoras de Marco A. Alvear.

Expone el recurrente que en este considerando, que el Tribunal da por decisivo en favor de la parte demandada, se exigen pruebas que, dados los términos en que quedó planteado el debate, mediante la demanda y su contestación, no era necesario presentar.

Considerada la demanda en su contexto—continúa diciendo el recurrente—se ve claramente que Guerrero fue demandado como representante de la sucesión de Alvear, en su doble carácter de esposo de Benedicta Alvear y causahabiente de María Paz Alvear, y que la condición de éstas, como herederas del causante de la sucesión, se hizo valer en el libelo.

En el supuesto—añade—de que el demandado no fuera el representante de la sucesión, su deber era explicarlo así en la contestación, oponiendo la excepción dilatoria de inepta demanda, comprendida en el caso 2º del artículo 467 del Código Judicial, pero no solamente no opuso esa excepción, sino que se contestó la demanda por el apoderado de Guerrero, sin hacer objeción a tal respecto, y antes, por el contrario, conviniendo en estos puntos:

"Que en el juicio de sucesión de Marco A. Alvear, formalizado por Francisco Guerrero, fueron declaradas herederas **ab intestato** María Paz y Benedicta Alvear, esposa de Guerrero, y que con esta declaratoria obtuvo la adjudicación de la casa en litigio, previa la inclusión de ese inmueble en los inventarios. Estos puntos están contenidos en la enumeración de los hechos fundamentales de la demanda, bajo la letra **d)**, y a ellos dio contestación el apoderado del demandado en los siguientes términos:

'Es cierto, con la aclaración de que el inventario y el avalúo se hizo en forma legal.....'"

Concluye el autor del recurso manifestando que el Tribunal, en el pasaje que se deja transcrito de su fallo, desconoció los principios legales contenidos en los artículos 555 y 576 del Código Judicial, pasando por alto lo que ellos prescriben en orden a la contestación de la demanda y en relación con los hechos allí confesados explícitamente o admitidos de modo tácito, e incurre, por lo tanto, en error de derecho al dejar de apreciar

la contestación de la demanda como relevación de la prueba de esos hechos.

Considera la Corte que el Tribunal echa menos la prueba de que las señoras Alvear son herederas de Marco Alvear, de que Guerrero sea marido de Benedicta Alvear, y de que aquél haya sucedido en sus derechos hereditarios a María Paz Alvear, y el recurrente sostiene que tal prueba se halla en la confesión de Guererro al contestar la demanda, por haber convenido en las afirmaciones relativas a esos hechos; pero como se trata del estado civil, de la condición de herederos y de la adquisición de derechos hereditarios, la confesión no es prueba pertinente para acreditar esos hechos, que requieren pruebas determinadas.

La venta de derechos hereditarios exige escritura pública, según el artículo 1857 del Código Civil, la cual no puede suplirse por otra prueba (artículo 1860 ibídem).

Respecto del estado civil, tiene sentado la Corte, de acuerdo con los principios, que la confesión implica una disposición del derecho sobre que recae, y, por lo tanto, es inadmisible en materia de estado civil. (Sentencia de 1º de marzo de 1928, tomo 35 de la **Gaceta Judicial**, columna 1ª al principio).

Y en lo tocante a la condición de heredero de una persona respecto de otra, cuando se basa en vínculo de parentesco, tampoco admite la jurisprudencia, con razonables fundamentos, la prueba de confesión.

Dijo esta Superioridad en sentencia de treinta de julio de mil novecientos veintiuno:

"La Corte considera que la prueba de confesión no es pertinente para establecer el carácter de heredero de una persona respecto de otra; pues que ese carácter, cuando se basa en los vínculos de parentesco, debe acreditarse con las correspondientes partidas del estado civil, o con la prueba supletoria de que trata el artículo 395 del Código Civil, o con la posesión notoria de dicho estado, lo cual se establece por medio de testigos."

"En materia de estado civil, dijo esta Superioridad en sentencia que corre publicada en el tomo VIII de la **Gaceta Judicial**, página 116, columna 2ª, la prueba de confesión es insuficiente por no poder ser ese estado materia de transacción." (Tomo 29, página 20, columna 2ª).

Ahora bien: como este fundamento es suficiente para sostener la sentencia, huelga considerar los demás reparos que van al fondo del fallo.

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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Cali, el veinticinco de septiembre de mil novecientos treinta.

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.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio tres de mil novecientos treinta y dos.

Elena Piedrahita viuda de Muñoz, y Antonio Bustamante E., promovieron juicio ordinario ante el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín contra Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L., en ejercicio de estas acciones:

1ª Que es nula la declaración contenida en la cláusula marcada con el numeral 7º en el contrato de compraventa celebrado entre la demandante Elena Piedrahita de Muñoz, como vendedora, y los demandados, como compradores, que se hizo constar en la escritura pública número 782, Notaría 3ª de Medellín, de fecha veintiséis de abril de mil novecientos trece, cláusula que textualmente dice así: "Que los compradores pueden hacer uso del terreno destinado para la calle hasta que el Distrito abra ésta."

2º Subsidiariamente piden los actores que se declare que han terminado o se ha extinguido los derechos de los demandados, derechos emanados de la estipulación contenida en la cláusula transcrita de la escritura 782, por haber faltado dichos señores a sus obligaciones en materia grave, bien sea que se considere que tal estipulación comporta por sí sola un contrato de uso o usufructo o comodato, o cualquier otro vínculo con que ellos aparezcan ligados con los actores, en relación con la faja de terreno de que se trata en la referida cláusula.

3ª Que en todo caso, bien sea que se declare la petición principal o la subsidiaria, se obligue a los demandados a restituír a los actores, dentro del término que el Juez designe, la expresada finca, en la proporción que corresponde a cada uno de los demandantes, conforme a la escritura de división de ella, verificada en la escritura pública número 697, Notaría 4ª de Medellín, de fecha quince de julio de mil novecientos veintidós; y que se condene a los demandados al pago de los perjuicios que han causado a los actores por el uso indebido de esa faja de terreno, tal como haberla dado por su propia cuenta al servicio del público.

Se enuncian estos fundamentos de hecho:

"1º Según aparece de la hijuela tomada del juicio de sucesión del señor José María Muñoz A., a la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz se le adjudicó en dicha sucesión, para el pago de las deudas hereditarias, la mitad de un lote o globo de terreno, situado en la carretera norte de esta ciudad, en compañía del señor Tomás Muñoz A., y alinderado así: por el frente u Oriente, con el camellón de Carabobo; por el Sur, con terrenos de la sucesión de la señora María Jesús Arango de M., señora Nicolasa Muñez de U. y sucesión de los señores Gabriel y Fidel Lalinde; por el centro u Occidente, con terreno de la misma sucesión de los señores Lalindes y del señor José María Martínez, y por el Norte, con propiedad de los señores Chaves, Vásquez y Cª.

"2º Por medio de la escritura pública número 1497, de fecha 22 de septiembre de 1900, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, los señores Elena Piedrahita viuda de Muñoz y don Tomás Muñoz A., como únicos dueños del terreno alinderado en el número anterior, resolvieron de común acuerdo dividirse dicho terreno por partes iguales, y al efecto, se le adjudicó a la señora Piedrahita viuda de Muñoz, un lote de terreno que queda encerrado por estos linderos: por el frente u Oriente, en una extensión de 44 y 42½ centímetros (sic), con el camellón de Carabobo; por el Sur, con terrenos de los herederos de la finada María Jesús Arango y de la señora Nicolasa Muñoz de Uribe; por el Occidente, en una extensión de 44 metros con 69½ centímetros, con terrenos de los herederos de los finados Fidel y Gabriel Lalinde, y por el Norte, con el lote adjudicado a Tomás Muñoz A. por una línea marcada con mojones de piedra.

"3º Más tarde, la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz, por medio de la escritura pública número 782, de

fecha veintiséis de abril de mil novecientos trece, pasada ante la Notaría 3ª de este Circuito, les vendió a los señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L., mayores de edad y vecinos de este Distrito, un lote de terreno, situado en la parte norte de esta ciudad, cuyos linderos son, según se expresa dicha escritura: 'Por el Oriente, el camellón de Carabobo y solar últimamente adjudicado en remate público al señor Guillermo Gardeazábal, en esta parte, en una extensión de treinta (30) varas de las de ochenta centímetros de longitud; por el Sur, con el solar antes citado, en una extensión de cincuenta (50) varas de a ochenta (80) centímetros, con una calle que está para abrirse, de diez y seis (16) metros de anchura, cedida al Distrito de Medellín, desde el camellón de Carabobo hasta donde se encuentra siguiendo al Occidente con la calle de Cundinamarca, la prolongación de ésta hacia el Norte, sigue el lindero en el extremo norte en esa parte; en la mencionada calle de Cundinamarca, y con terrenos de herederos de la señora Nicolasa Muñoz de Uribe; por el Occidente, con terrenos que pertenecen o pertenecieron a los herederos de Fidel y Gabriel Lalinde, en una extensión de cuarenta y cuatro metros con sesenta y nueve centímetros y medio (44.69½), y por el Norte, con terreno de Tomás Muñoz A.....' Advierte la vendedora que la calle de diez y seis metros (16) de latitud de que se habló antes, fue cedida al Distrito por los herederos de los terrenos que fueron del finado don Tomás Muñoz Luján, que está unida al terreno que vende y que al abrirse deberá construír el cerco el Distrito.

"4º En la cláusula séptima de la mencionada escritura, la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz dijo: 'Que los compradores pueden hacer uso del terreno destinado para la calle hasta que el Distrito abra ésta.'

"5º Desde la fecha de la escritura número 782 hasta el año de 1920, los compradores señores Miguel Vásquez y Carlos Vásquez L., venían haciendo uso para pastar animales, tanto del terreno comprado a la señora P. de Muñoz, como de la faja que estaba destinada para la calle, que formaban un solo globo con el de los señores Vásquez, y estaba cercado por todos sus lados.

"6º En el año de 1920, viendo la señora P. de Muñoz que había padecido un error al creer que los herederos de don Tomás Muñoz Luján habían cedido al Distrito una faja para la calle, por el terreno que a ella se le había adjudicado para el pago de las deudas hereditarias en la sucesión de su esposo señor José María Muñoz A., procedió a hacer gestiones para vender dicha faja de terreno, que hoy queda encerrado por los siguientes linderos: por el frente, en una extensión de veinte varas próximamente, con la carretera (sic) Carabobo; por el Norte, con propiedad de los señores Miguel y Carlos Vásquez; por atrás u Occidente, con propiedad de los mismos señores Vásquez y la prolongación de la calle de Cundinamarca, y por el costado Sur, con predio de Eduardo Mejía, Rosa Lema y otros.

"7º Cuando la señora Piedrahita viuda de Muñoz hacía las gestiones para la venta de dicho terreno, el señor Carlos Vásquez L., quien supo esto, por medio de una nota privada dirigida al señor Personero Municipal, le manifestó que la señora Piedrahita viuda de Muñoz pensaba vender un lote de terreno que estaba cedido al Distrito por los herederos de don Tomás Muñoz Luján para abrir una calle, que procediese a abrirla, lo que hizo el señor Personero por medio del señor Ingeniero Municipal, quien fue comisionado para ello, y al efecto se abrió dicha calle por el terreno de propiedad de la señora Piedrahita viuda de Muñoz.

"8º Habiendo sido informada la señora Piedrahita v. de Muñoz, de que el señor Personero Municipal había abierto la calle por su terreno, se dirigió al honorable Concejo Municipal solicitando se cerrara la calle por carecer el Municipio de dominio sobre dicha faja de terreno, pues no había sido cedido ni por ella, ni por los herederos de don Tomás Muñoz Luján.

"9º Estudiada la solicitud de la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz, por dos abogados del Concejo a quienes se le pasó en comisión dicha solicitud, se ordenó se cerrara la calle o lote de terreno, lo que se hizo por el señor Ingeniero Municipal, comisionado para tal efecto, y la calle fue cerrada con alambradas y fuertes estacones.

"10. No conformes los señores Vásquez con la cerrada del terreno, tumbaron los cercos construídos por el señor Ingeniero Municipal y dejaron nuestro terreno sin cercos en sus extremos, de modo que el público pudiese transitar libremente por esa faja de terreno.

"11. Viendo nosotros—pues la señora Elena P. viuda de Muñoz nos dio en pago al suscrito Bustamante y al señor Ricardo López U., la mitad de ese terreno, según escritura número 462, de fecha dos de diciembre de mil novecientos veinte, de la Notaría 4ª de este Circuito, y además López U. le vendió a Bustamante la parte que a él le correspondía en el terreno, según escritura pública número 465, de dos de diciembre de mil novecientos veinte, de la misma Notaría—que los hechos ejecutados por los señores Vásquez nos causaban graves perjuicios en nuestros intereses, resolvimos cercar dichos terrenos con tapias, para evitar el tránsito del público por nuestra propiedad, ya que los señores Vásquez de motu propio la habían dado al servicio público, procedimos a cercarlo, y don Carlos Vásqez L., en su afán de que ese terreno sea calle pública, nos querelló ante la Inspección 1ª Municipal solicitando la suspensión y demolición de la obra; la Inspección accedió a esa solicitud y nos obligaron a suspender y demoler las tapias construídas, quedando dicho terreno sin cercos en sus extremos, e impuso la obligación a los querellantes de recurrir al Poder Judicial en juicio posesorio.

"12. Los señores Vásques recurrieron al Poder Judicial en juicio posesorio, y apoyados en la cláusula séptima de la escritura número 782 mencionada, solicitaron se nos conminara con una multa para que cesáramos en perturbarlos en el uso sobre dicha faja de terreno, a lo cual accedió tanto el Juez como el Tribunal que conoció del asunto.

"13. En la sentencia del honorable Tribunal, de fecha trece de agosto de mil novecientos veintidós, que puso fin al juicio posesorio instaurado por los señores Vásquez, copio lo siguiente:

'Queda trabada la cuestión desde el punto de vista planteado por los señores demandados en su alegato de esta instancia: el de los derechos del nudo propietario en contraste con los del usufructuario. Se ve que ha habido descuido entre las partes para definir y precisar sus derechos y obligaciones recíprocas en lo tocante al goce de esta faja, lo cual debe hacerse para que termine la ambigüedad en que se hallan quizás de la poca importancia que se le dio a este derecho cuando se celebró el contrato de compraventa. Por lo demás, si la señora Elena

Piedrahita tiene obligaciones con respecto a los Vásquez, éstos también las tienen, considerados como usufructuarios o comodatarios o como ligados por algún otro vínculo jurídico, y también tienen, por consiguiente, responsabilidades.

"14. Claramente se desprende del contenido de la cláusula séptima de la citada escritura número 782, que la señora Elena P. viuda de Muñoz, sólo les concedió a los señores Vásquez el derecho de hacer uso de la mentada faja de terreno, uso que solamente se concretó al que el terreno estaba destinado por naturaleza y al cual lo habían destinado los señores Vásquez, desde que compraron hasta que el Distrito abrió la calle, como era el de pastar animales.

"15. Desde el año de mil novecientos veintiuno los señores Vásquez, después de tumbar los cercos hechos por el señor Ingeniero Municipal, y después de que la Inspección hizo tumbar las tapias construídas por nosotros, dejaron dicho terreno sin cercos en sus extremos para que el público pudiese transitar libremente por ese terreno para salir a la carrera **Carabobo**.

"16. Que como la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz padeció un error, como fue el creer que el Distrito tenía derecho a esa faja, y persuadida hoy que dicha entidad carece en absoluto de dominio, no puede hoy abrirse la calle y se hace imposible la estipulación del numeral séptimo de la escritura número 782 citada.

"17. Que hoy dicha faja de terreno está dividida materialmente en dos porciones entre sus únicos dueños, según aparece de la escritura pública número 697, de quince de julio de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría 4ª"

Los demandados contradijeron las acciones y opusieron las siguientes excepciones perentorias: prescripción de la acción de nulidad, si ésta se considera relativa; si se estima absoluta incapacidad de la demandante para intentar la acción de nulidad por haber sido una de las partes contratantes; respecto del demandante, carencia de tal acción por faltarle el interés que para pedir la nulidad requiere la ley; falta de personería sustantiva de ambos actores; la de ser oponentes entre sí y con la acción principal, las peticiones subsidiarias de la demanda; prescripción de la acción subsidiaria; inexigibilidad o inexistencia de la acción principal subsidiaria; plazo pendiente.

Los demandados entablaron, además, demanda de reconvención contra la señora Piedrahita viuda de Muñoz, para que se le obligue a lo siguiente:

1º A cumplirles a los demandantes, en todas las relaciones y consecuencias jurídicas, el contrato que encarna el instrumento público número 782, de veintiséis de abril de mil novecientos trece, extendido en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín.

2º Que como consecuencia de la anterior acción, se condene a la demandada a pagar a los actores los perjuicios causados por el incumplimiento o infracción del aludido contrato, perjuicios que serán tasados en este mismo juicio o en otro separado.

3º Costas.

Se funda esta demanda en los hechos siguientes:

1º En la sucesión de don José María Muñoz A. se le adjudicó a la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz, en los términos de la hijuela que se acompaña y para pagar deudas, la mitad de un globo de terreno en condominio con don Tomás Muñoz Arango, situado en la carretera norte de esta ciudad, conocida con el nombre de **Camellón de Carabobo**, y dentro de estos linderos generales, encerrado: "Por el frente u Oriente, con el **Camellón de Carabobo**; por el Sur, con terrenos de la sucesión de la señora María Jesús Arango de M., señora Nicolasa Muñoz de U. y sucesión de los señores Gabriel y Fidel Lalinde; por el centro u Occidente, con terreno de la misma sucesión de los señores Lalindes y del señor José María Martínez, y por el Norte, con propiedad de los señores Chaves, Vásquez y Cª." A este mismo globo de terreno se contrae el instrumento público número 1497 de veintidós de septiembre de mil novecientos, extendido en la Notaría 2ª de este Circuito de Medellín, en su numeral primero, con algunas diferencias que no son esenciales.

2º En los términos del aludido instrumento público número 1497, en el anterior punto citado, los señores Elena Piedrahita viuda de Muñoz y don Tomás Muñoz A., como condóminos únicos del terreno descrito en el punto o hecho anterior, resolvieron de común acuerdo dividir el nombrado inmueble, por partes iguales, y, consecuencialmente, se le adjudicó a la señora Piedrahita viuda de Muñoz, un lote de terreno que, según la prementada escritura, está encerrado dentro de estos linderos: por el frente u Oriente, en una extensión de 44 metros y 42½ centímetros, con el **Camellón de Carabobo**; por el Sur, con terreno de los herederos de la finada María Jesús Arango y de la señora Nicolasa Muñoz de Uribe; por el Occidente, en una extensión 44 metros y 69½ centímetros, con terrenos de los herederos de los finados Gabriel y Fidel Lalinde, y por el Norte, con el lote adjudicado a Tomás Muñoz A., por una línea marcada con mojones fijos de piedra," letra **c)** numeral **primero** del mismo instrumento.

3º En armonía con la indicada escritura—la de que se habla en los puntos anteriores—la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz, se obligó "especialmente a ceder del lote que se le adjudicó la mitad del terreno necesario para abrir una calle de diez y seis (16) a veinte (20) metros, de dirección de Oriente a Occidente, la cual partirá de la carretera del Norte y en lado sur de su expresado lote, y deberá ocupar parte de éste y parte de otro que pertenece a los hijos menores del finado José María Muñoz A.

4º Posteriormente la señora Piedrahita viuda de Muñoz, de conformidad con el instrumento público número 782, de veintiséis de abril de mil novecientos trece, en la Notaría 3ª de este Circuito de Medellín otorgada, vendió a los demandantes en reconvención, señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L., un lote de terreno, situado en la parte norte de esta ciudad, dentro de los linderos que, según el nombrado instrumento, están determinados así: "Por el Oriente, el **Camellón de Carabobo** y solar adjudicado últimamente en remate público al señor Guillermo Gardeazábal, en esta parte, en una extensión de treinta (30) varas de las de a ochenta centímetros (0.80) de longitud; por el Sur, con el solar antes citado, en una extensión de cincuenta (50) varas de a ochenta centímetros (0.80), con una calle que está para abrirse, de diez y seis metros (16) de anchura, cedida al Distrito de Medellín, desde el **Camellón Carabobo**, hasta donde se encuentra siguiendo al Occidente, con la calle de Cundinamarca, la prolongación de ésta hacia el Nor-

te, sigue el lindero en el extremo norte en esa parte de la mencionada calle de Cundinamarca, y con terrenos de los herederos de la señora Nicolasa Muñoz de Uribe; por el Occidente, con terrenos que pertenecen o pertenecieron a los herederos de Gabriel y Fidel Lalinde, en una extensión de cuarenta y cuatro metros y sesenta y nueve y medio centímetros (44.69½); y por el Norte, con terrenos de Tomás Muñoz Arango.

5º En la nombrada escritura—la número 782 de veintiséis de abril de mil novecientos trece—advirtió la señora vendedora doña Elena Piedrahita viuda de Muñoz, "que la calle de diez y seis metros (16) de latitud, de que se habló antes, fue cedida al Distrito por los herederos de los terrenos que fueron del finado Tomás Muñoz Luján, que está unida hoy al terreno que vende y que al abrirse deberá construír el cerco el Distrito." Estas palabras están trasladadas literalmente de la aludida escritura.

6º En el indicado instrumento público número 782, de veintiséis de abril de mil novecientos trece, hay una cláusula distinguida con el numeral 7º, que está concebida así:

"Séptimo. Que los compradores pueden hacer uso del terreno destinado para la calle, hasta que el Distrito abra ésta."

7º El lote que en los términos del instrumento público número 782 arriba mencionado, nos vendió la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz, linda por una de sus líneas divisorias—por la del Sur—"con el solar antes citado, en una extensión de cincuenta varas (50) de a ochenta centímetros (0.80), con una calle que está para abrirse, de diez y seis metros (16) de anchura, **cedida al Distrito de Medellín, desde el Camellón de Carabobo hasta donde se encuentra siguiendo al Occidente con la calle de Cundinamarca, la prolongación de ésta hacia el** Norte." (La sublineación es de los comparecientes). Justamente la faja de terreno que está destinada para la calle es a la que aluden tanto el lindero que se deja memorado como el numeral séptimo que quedó transcrito en el punto 6º de los hechos que estamos enumerando.

8º El codemandado don Antonio J. Bustamante E. les vendió a los contrademandantes Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L. dos solares, limitando igualmente el uno, "por un costado con una calle en proyecto," y el otro, "por el Sur, con la calle demarcada y que se abrirá." Esta calle es también a la que se refiere el hecho séptimo de la presente demanda de mutua petición. Consta esto en los títulos 880 y 690, por su orden, del nueve de junio de mil novecientos diez y siete y de veintiocho de marzo de mil novecientos diez y siete, otorgados, respectivamente, en las Notarías 2ª y 3ª de este Circuito de Medellín, y que en el término de prueba acompañarán.

9º Con todo, la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz, según lo dice el instrumento público número 642 de dos de diciembre de mil novecientos veinte, extendido en la Notaría 4ª de este Circuito de Medellín, "da en pago que cause verdadera (venta o) enajenación a los señores Ricardo López U. y Antonio J. Bustamante, la mitad de un lote o globo de terreno que mide veinte varas de frente por ciento de centro próximamente, situado en esta ciudad. en la **Carrera Carabobo**, cerca a la capilla de Jesús Nazareno, y alinderado así: por el frente, con la expresada **Carrera Carabobo**; por el Norte, con propiedad de los señores Vásquez (Miguel y Carlos); por atrás u Occidente, con propiedad de los señores Vásquez y la prolongación de la calle de Cundinamarca; y por el costado del Sur, con predio de Eduardo Mejía, Rosa Lema y otros. El señor López U. vendió el mismo día dos de diciembre de mil novecientos veinte, por escritura que se otorgó en la misma Notaría 4ª y en el mismo día, distinguida la cual escritura con el número 465, al señor Bustamante E. la parte que le correspondió de provecho en el contrato de cuota litis. Dicen esto los nombrados instrumentos—que pruebas son contra los señores que los firmaron y no contra los contrademandantes—y a ello nos referimos justamente para que prueben contra los otorgantes señores Piedrahita, Bustamante y López.

10. En todo caso, en el globo que mencionan los instrumentos públicos que acabamos de citar, en el anterior punto 9º, está contenida la faja de terreno destinada para la calle, a que se contraen los instrumentos públicos números 1497 y 782, por su orden, otorgados en las Notarías 2ª y 3ª de este Circuito de Medellín, en los días veintidós de septiembre de mil novecientos y veintiséis de abril de mil novecientos trece, y a que también se refieren los hechos 3º a 9º, inclusive, de la presente contrademanda.

11. La demanda principal está diciendo, con la mayor elocuencia, que la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz no quiere cumplir el contrato con nosotros celebrado, y que la prementada señora se agita, por lo mismo, en la más espantosa e incomprensible rebeldía para cumplir el contrato celebrado con los infrafirmados, en la manera, sustancia y lineamientos en que lo concluímos, por lo cual nos ha obligado a contrademandarla.

12. Los demandantes en reconvención cumplimos estrictamente con todos los deberes jurídicos que el contrato de veintiséis de abril de mil novecientos trece, consumado mediante el instrumento público número 782, extendido en la Notaría 3ª de este Circuito, nos impone.

La demandada se opuso a la demanda.

El Juez falló el pleito así:

"1º Los demandados restituirán, con sus accesiones a los demandantes, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la faja de terreno determinada en el numeral 6º de los hechos fundamentales de la demanda;

"2º La señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz, está en la obligación de cumplir la obligación que le acarrea el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 782 de veintiséis de abril de mil novecientos trece, de la Notaría 3ª de este Circuito, en lo que atañe a la apertura de la calle prometida en tal instrumento, mediante la cesión que ella dijo haberle hecho al Municipio de Medellín, de la faja de terreno necesaria para la apertura de la calle dicha.

"3º La demandada señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz pagará a los demandados, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de cuatro mil pesos ($ 4,000) oro legal, como indemnización de perjuicios por no haberle cumplido a los demandados la estipulación de que se habla en el numeral anterior.

"4º Los demandados serán responsables de los deterioros que haya podido sufrir la cosa por el uso ilegítimo de ella; y

"5º No se hace condenación en costas."

Por apelación de ambas partes el Tribunal Superior de Medellín, revocó este fallo por sentencia absolutoria general, de fecha primero de mayo de mil novecientos veintiocho.

Actores y demandados interpusieron casación. Son admisibles los recursos.

Violación de los artículos 740, 741, 747, 749, 750, 756, 757, 2577 y 2654 del Código Civil.

Se refiere la acusación a la tesis que sostiene la sentencia de que "por el sólo hecho de destinar una faja de terreno para la calle, sin indemnización alguna, en un contrato escriturario, ora de partición de inmuebles, ora de venta de un predio con frente a una calle, desde que aparezcan determinadas de algún modo la extensión de la calle y su anchura, queda la faja de terreno correspondiente a la calle destinada al servicio público, es decir, pasa, **ipso facto**, al dominio público, o si se quiere, al dominio de la Nación, a menos que este efecto esté sujeto a una condición suspensiva."

Para la enajenación a cualquier título, de bienes inmuebles, argumenta el recurrente, es necesario que se celebre el convenio, pacto o contrato por escritura pública, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2577 del Código Civil, y el registro del instrumento. Este es el único medio legal de la tradición en la enajenación de inmuebles. De manera que si por ninguna parte de los autos que el Tribunal tuvo a la vista se encuentra escritura alguna en que la señora Piedrahita hubiera vendido, cedido o enajenado a cualquier otro título, a favor del Distrito de Medellín, la zona de diez y seis (16) metros de anchura a que se refiere la escritura número 782 citada, la sentencia violó los artículos invocados. Además, en tratándose de enajenación de dominio aunque el adquirente haya de ser una entidad de derecho público, como un Municipio, no basta la voluntad individual del que se dice enajenante.

Por otra parte, en aquella escritura que fijó el vínculo jurídico que daba origen a prestaciones mutuas entre la demandante y los demandados, se empleó en tiempo pretérito el verbo **ceder**, porque la primera creía que sus antecesores en el dominio de la que enajenaba habían cedido al Municipio las diez y seis (16) varas; mas esto no era así, y resulta que como ella ni de propio derecho había hecho la cesión, ni tampoco sus predecesores, el uso de la zona que otorgó a los compradores, fue un acto que provino de un error. Y como el lote por ella vendido a los señores Vásquez limita por uno de sus **lados con la calle que está para abrirse**, resulta también que la zona dicha de diez y seis (16) varas no quedó incluída en la venta y pertenece por lo mismo a la demandante. Tal es, en síntesis, el cargo.

No se entra a considerar de fondo la tesis del Tribunal, es decir, si la destinación de una faja de terreno para calle pública traspasa por sí sola el dominio a la entidad a quien se cede, porque hay una razón de hecho que hace innecesario el estudio, y es que en la partición de los bienes del señor Tomás Muñoz Luján en mil ochocientos ochenta y dos, se les adjudicó a los señores Juan y José M. Muñoz, en comunidad, un globo de terreno, y en la hijuela que se le formó a José María Muñoz se describe así: "La mitad del lote número 5 del croquis de foja 59, que tiene ciento diez varas de frente al camellón, **comprendiendo en ellas las cinco destinadas para la calle que debe abrirse entre éste y el lote número 1**° Por el centro se extiende hasta la quebrada Santa Elena; por el costado del Norte linda con el lote número 6, y por el Sur, con el lote número 4 y **la calle de que se habló antes.**"

Por muerte de éste, la mitad de ese lote pasó a manos de la señora Piedrahita con estos linderos: "Por el frente u Oriente, con **Camellón de Carabobo;** por el Sur, con terrenos de la sucesión de la señora María Jesús Muñoz de M., señora Nicolasa Muñoz de U. y sucesión de los señores Gabriel y Fidel Lalinde; por el centro u Occidente, con terrenos de la misma sucesión de los señores Lalindes y del señor José María Martínez; y por el Norte, con propiedad de los señores Chaves Vásquez y C°" No se hizo ninguna advertencia especial en la hijuela respectiva, con relación a la calle en discusión, de suerte que al patrimonio de la señora Piedrahita nunca entró la totalidad de la faja de terreno que fue destinada desde la partición del año de mil ochocientos ochenta y dos para calle pública, y si esta señora no ha sido dueña de esa faja, mal puede hoy demandar la nulidad de una cláusula contractual referente a la faja de terreno destinada para calle pública, que nunca ha hecho parte de su patrimonio.

Violación de los artículos 1502, 1508 y 1510 del Código Civil.

Dice el recurrente: "Desconocer, con la absolución de los señores Vásquez B. y Vásquez L. el valor jurídico del texto: 'Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: ...2° Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio...'" y los otros que dicen: "Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son: error, fuerza y dolo" y "el error de hecho vicia el consentimiento, cuando recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra...; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra," es desatender claramente el tenor de los artículos arriba enumerados. No de otra manera podría predicarse de un fallador que en su sentencia, por recurso de alzada, niega que por expresa manifestación de la señora Piedrahita viuda de Muñoz, en distintas ocasiones y acciones invocadas, ante funcionarios varios, padeció ella el error de creer que la faja de 16 metros discutida había sido cedida por sus ascendientes y antecesores en el dominio del globo de tierra total; que por certificado que obra en el cuaderno de pruebas de los demandados (señores Vásquez), el propio Concejo de Medellín rechazó la propuesta que de venta les hicieron los demandantes Piedrahita viuda de Muñoz y Bustamante; que en la página 29 del libelo de reconvención se halla una declaración fundamental de la Comisión que estudió en el Concejo de Medellín el dominio que la Municipalidad podía tener sobre la faja de 16 metros discutida, y dijo: "¿Ese convenio entre dos comuneros, condicional y a plazo incierto, puede estimarse legal y justamente como título para que el Municipio haya adquirido la propiedad de un bien raíz? De ninguna manera.....;" informe éste que determinó la aprobación de una proposición en que se ordenó al Ingeniero Municipal que suspendiera la apertura de la calle discutida y se autorizó al Personero para que entrara en arreglos con los interesados propietarios de la faja; que en la página 37 vuelta del mismo

libelo de reconvención, hay un certificado que dice textualmente lo que sigue:

"Personería Municipal—Medellín, julio 24 de 1925.

"El suscrito Personero Municipal, en cumplimiento del despacho anterior, certifica:

"Que en los libros de la Personería no hay constancia de que el Distrito de Medellín sea dueño de la faja de terreno a que se refiere el auto anterior, y que en oficio de veintiséis de noviembre de mil novecientos veinte, se le comunicó a don Carlos Vásquez L. una proposición aprobada por el honorable Concejo de ese entonces para que el señor Ingeniero Municipal suspendiera la apertura de esa calle.

"Firmado, **Gregorio Agudelo**"

"Y si en los archivos municipales hay constancia de la transferencia del dominio del lote de 16 metros tántas veces mencionado; y si la demandante afirma que al celebrar su contrato con Vásquez L. creyó que la faja ya había sido cedida en forma regular al Distrito y éste aceptado tal bien, lícito y lógico es concluir que el fallo del Tribunal Superior de Medellín, al revocar la sentencia del Juez a **quo** y dejar las cosas sin resolución jurídica alguna, violó los artículos mencionados arriba, por cuanto desatendió su texto y su espíritu, desde luégo que olvidó que hubo un contrato entre la señora Elena Piedrahita viuda de Muñoz, con Carlos Vásquez L. y Miguel Vásquez B., cuya validez, en lo que respecta a la cláusula de los 16 metros para una calle imaginaria, es discutible, y que padeciendo error la primera, había que resolver en la sentencia algo sobre este aspecto legal de la litis. No habiéndose fallado nada sobre esto, es patente que se violaron flagrantemente las disposiciones legales supradichas."

Se responde:

El sentenciador no desconoció el precepto del artículo 1502 del Código Civil. Cuando llega a estudiar lo atañadero a la nulidad absoluta, ya ha conceptuado que la señora Piedrahita no incurrió en error alguno; sobre esta base era inoficioso indagar si sabía o debía saber el vicio, siendo así que el supuesto vicio se hace consistir cabalmente en tal error, y era inoficioso asímismo averiguar si, ignorando el hecho a que ese error se refiere o que en esa ignorancia consiste, le habría sido dado demandar la nulidad absoluta del contrato en que intervino.

Como conceptuó el sentenciador que la señora Piedrahita no había sufrido error al contratar, mal se podría violar la disposición invocada por el recurrente.

Ahora, el error que dice el recurrente padeció la señora Piedrahita al contratar, fue el de creer que por la destinación para calle pública de la faja de terreno, en diversas particiones, el dominio de esa faja se había transferido al Municipio o a la Nación, sin necesidad de escritura pública, es decir, sufrió error acerca de los medios de transferirse el dominio en la ley colombiana, error que es de derecho y no de hecho, y bien claro dice el Código que el error de derecho no vicia el consentimiento (artículo 1509).

Además, si el error que se alega fue de hecho (y esto se supone en vía de argumentación), habría necesidad de demostrar, para que prosperara la violación del artículo 1510, que la señora contratante había entendido celebrar con los señores Vásquez un contrato distinto del de compraventa, que fue el celebrado, o que ella hubiese querido vender un lote de terreno distinto del enajenado o que la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versó el contrato, era diversa de la que creyó la señora Piedrahita, supuestos éstos que no han sido invocados por el recurrente, ni discutidos en las instancias del juicio.

Violación de los artículos 1740 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890.

Pidieron los demandados, dice el recurrente, que se declarara la nulidad por causa de error, de la cláusula 7ª de la escritura número 782 de 1913; y en subsidio demandaron que se decretase que han terminado o se han extinguido los derechos de los demandados, emanados de aquella estipulación, por haber faltado a sus obligaciones. El Tribunal, así como el Juez del conocimiento, nada dijeron en sus fallos sobre estas acciones, sino que recayeron sobre la tercera acción de la demanda, o sea la de que en caso que se declarase la nulidad o la resolución, se obligase a los demandados a restituir la finca a que se refiere la escritura citada en su cláusula 7ª

Si un juzgador—argumenta el recurrente—a quien se ha sometido para su decisión la nulidad de un acto cualquiera, sea directamente o por apelación, no lo hace, viola el mandato del artículo 1740, que declara nulo todo acto o contrato a que faltan algunos requisitos legales. El Tribunal no hizo la declaración pedida sobre nulidad, pasando por encima de las probanzas, que demuestran que la señora Piedrahita tenía y tuvo hasta la víspera de iniciar el pleito, la creencia de que la zona de 16 metros destinados para una calle, habían sido cedidos de antemano por sus ascendientes y antecesores en el dominio de la finca raíz de que hace parte esa zona.

Se responde: el Tribunal no omitió fallar sobre las acciones supradichas. Respecto de la principal sintetizó su fallo en estos términos: "Si la petición principal de la demanda se refiere a nulidad absoluta, en ningún caso podía declararse en virtud del artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Y si se considera como acción de nulidad relativa, tampoco procede, porque se ha demostrado que la señora Piedrahita de Muñoz no incurrió en error de hecho que viciase el consentimiento o que indujese a nulidad relativa, cuando hizo la declaración contenida en la cláusula 7ª de la escritura número 782 de veintiséis de abril de mil novecientos trece."

La prueba de que la tal deficiencia del fallo del Tribunal acusada por el recurrente es imaginaria, lo demuestra el hecho de que este mismo se ocupa con empeño en combatir en casación los fundamentos en que se apoya la sentencia para desechar tanto la acción principal de nulidad en sus dos aspectos de nulidad absoluta o de nulidad relativa.

Por otra parte, hay que advertir que si el fallador dejó de decidir alguna o algunas de las peticiones de la demanda, la acusación ha debido hacerse por la segunda causal, lo cual, sea dicho, tampoco prosperaría en el caso actual, porque la sentencia absolutoria resuelve todas las peticiones de la demanda y guarda consonancia con lo pedido en ella.

Tampoco ha señalado el recurrente cuál requisito falta en el contrato celebrado por la señora Piedrahita que prescriba la ley para su validez, según la calidad o estado de las partes, y si se refiere al vicio del consen-

timiento, ya se ha demostrado que el error alegado no lo vició, caso de haberlo, por lo ya dicho.

Segundo cargo. Violación, en otro concepto, del artículo 15 de la Ley 95 de 1890. La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Acusa el recurrente la sentencia de errónea interpretación de aquella disposición, y formula el cargo así: "La parte del artículo 15 que exige la condición de que la parte interesada carece de la acción de nulidad absoluta, si al ejecutar el acto o celebrar el contrato lo hacía 'sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba,' fue mal interpretada por el Tribunal, ya que si la señora Elena Piedrahita ignoraba que la zona discutida no había sido cedida, adjudicada, enajenada o donada al Distrito de Medellín, ni debía saberlo tampoco, porque de otra suerte ella era la que habría estipulado el acto por el cual se había consumado tal cesión, enajenación, adjudicación o donación, y de ello no existe comprobante de ningún género, no hay razón legal, jurídica o filosófica, que autorizara al Tribunal para abstenerse de decretar la nulidad pedida. No se puede simplemente interpretar la parte del artículo 15 sin tener en cuenta el complemento que lo restringe: sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. No le es dable a un Juez de derecho violentar esta disposición y negar la petición de nulidad en casos como el presente, sin tener la plena convicción de que el demandante no sabía ni podía saber el vicio que invalidaba su pacto.

En la parte final de la sentencia se ocupó de la cuestión de nulidad del contrato demandada por los actores, la cual estimó como relativa, a causa de que la acción se basaba en error de hecho en que había incurrido la señora Piedrahita al estipular la cláusula 7ª de la escritura 782; error que, en concepto del Tribunal, no resultaba demostrado. La acción de nulidad relativa fue, pues, la que falló la sentencia. Y si alguna consideración hizo respecto a la nulidad absoluta, fue tan sólo accidental y a guisa de supuesto, para sacar la consecuencia de que ni aun en tal caso podía ser eficaz la acción de nulidad. Si este razonamiento era accidental en la sentencia, no es fundamento sustancial de ésta y, por lo mismo, la buena o mala aplicación que se hubiera hecho en ella de una disposición legal, en nada afecta el fondo del fallo y no puede ser materia o motivo de casación.

Párese igualmente la atención en que la nulidad la hace consistir el recurrente en el error que sufrió la señora Piedrahita al contratar, pues ese error, si lo hubo, fue de derecho que no vicia el consentimiento, como se ha demostrado, y por ello no puede declararse nulo el contrato o la cláusula acusada, aunque la vendedora tuviera la acción que reconoce el artículo 15 de la Ley 95 invocada.

Demanda de reconvención.

Se acusan como violados los artículos 1495 y 1603 del Código Civil, por cuanto el sentenciador no reconoció que la señora Piedrahita, al contratar con los señores Vásquez, había contraído una obligación de hacer, ya que la obligación de dar, a que se obligó la vendedora, implicaba la de hacer.

Se refiere este cargo a la colindancia del lote vendido con la calle que debía abrir el Municipio, pues el recurrente conceptúa que si la vendedora se obligó a dar un lote que lindara por uno de sus extremos con la calle en proyecto, había contraído la obligación de abrir o hacer abrir esa calle.

La violación la hace depender del error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la escritura de venta de la señora Piedrahita a los señores Vásquez.

La redacción de ella no autoriza la interpretación que le da el recurrente respecto de las obligaciones contraídas por la vendedora. Dice así ese instrumento en lo pertinente:

"Primero. Que da en venta real y enajenación perpetua a los señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L., varones mayores de edad y de este mismo vecindario, un lote de terreno situado en la parte Norte de esta ciudad, cuyos linderos son: 'por el Oriente, el camellón de **Carabobo** y solar adjudicado últimamente en remate público al señor Guillermo Gardeazábal, en esta parte en ua extensión de treinta (30) varas de a ochenta (80) centímetros de longitud; por el Sur, con el solar antes citado, en una extensión de cincuenta (50) varas de a ochenta (80) centímetros, con una calle que está para abrirse, de diez y seis (16) metros de anchura, cedida al Distrito de Medellín, desde el camellón **Carabobo** hasta donde se encuentra siguiendo al Occidente, con la calle de **Cundinamarca**, la prolongación de ésta hacia el Norte; sigue el lindero en el extremo Norte en esa parte de la mencionada calle de **Cundinamarca**, y con terreno de los herederos de la señora Nicolasa Muñoz de Uribe; por el Occidente, con terrenos que pertenecen o pertenecieron a los herederos de Gabriel y Fidel Lalinde, en una extensión de cuarenta y cuatro metros y sesenta y nueve y medio centímetros (44.69½); y por el Norte, con terreno de Tomás Muñoz Arango." Este terreno mide veintitrés mil novecientas ochenta y siete varas y setenta y cinco centímetros (23,987.75), de a ochenta y dos centímetros (0.82), cuadradas, cada una. Advierte la vendedora que la calle de diez y seis (16) metros de latitud, de que se habló antes, fue cedida al Distrito por los herederos de los terrenos que fueron del finado don Tomás Muñoz Luján, que está unida hoy al terreno que vende y que al abrirla deberá construir el cerco el Distrito." Más adelante agrega: ".... Que los compradores pueden hacer uso del terreno destinado para la calle hasta que el Distrito abra ésta."

De estas transcripciones no se desprende con nitidez que la señora Piedrahita contrajera la obligación de abrir o hacer abrir la calle. En la primera parte se dice que linda con una calle que está para abrirse, cedida al Municipio, sin indicar quién debe abrirla, y en la segunda se anota que el Municipio ha de abrirla. No estando clara la obligación de abrir la calle, pues no se dice terminantemente que ha de hacerlo la vendedora, no puede decirse que el sentenciador hubiera incurrido en evidente error de hecho al afirmar que la señora Piedrahita no había contraído una obligación de hacer. Siendo la calle un bien de la Nación cuya administración está a cargo del Municipio, es de presumirse que es a esta entidad a quien corresponde hacer abrir la calle y fijar el tiempo en que ello debe llevarse a efecto.

Ahora, si se entiende que la señora Piedrahita le impuso al Municipio la obligación de abrir la calle, sin consentimiento previo de esta entidad, habrá que interpretar entonces este pacto como una estipulación hecha por la vendedora en nombre del Municipio, y como éste no ratificó la estipulación, los contratantes Vásquez tendrán la acción de perjuicios contra la vendedora, de acuerdo con el artículo 1507 del Código Civil, artículo que no ha sido invocado por el recurrente, y acción que tampoco se ha discutido en ninguna de las instancias del juicio.

No habiéndose demostrado el error de hecho evidente en la apreciación de la escritura número 782, no puede prosperar el error de hecho ni de derecho, ni la violación de los artículos 1603 y 1495 del Código Civil, a consecuencia de esos errores. No la de este último, porque el Tribunal no le ha negado el carácter de contrato o convención al acto celebrado entre la señora Piedrahita y los señores Vásquez; y no el 1603, porque, partiendo de una apreciación de hecho no desvirtuada en casación, el sentenciador conceptuó que la vendedora no había contraído la obligación de abrir o hacer abrir la calle, y aunque el recurrente arguye que la colindancia del lote vendido con la calle en proyecto, fue el principal motivo que indujo a los Vásquez a contratar, es lo cierto que no se ha atacado el fallo por violación del artículo 1511, inciso 2º, ni se ha demostrado que el primordial motivo que tuvieran los Vásquez para comprar, fuera la apertura de la calle, y lo conociera la señora Piedrahita.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha primero de mayo de mil novecientos veintiocho.

Segundo. Sin costas, por ser ambas partes recurrentes.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—El Conjuez, **Ricardo Hinestrosa Daza—Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, tres de junio de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Vicente Prieto demandó ante el Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá, a Ariosto Prieto, en ejercicio de estas acciones:

1ª Que se condene al demandado a indemnizar al actor los perjuicios que le ocasionó por el hecho de que los créditos que constan en documentos privados a cargo del señor Carlos Bonitto Herrera, por la suma de mil quinientos pesos por capital, que le fueron cedidos por el demandado, no están respaldados por la prenda de que allí se habla, la cual aseguró el cedente que existía.

2ª Que se condene al demandado a pagar al actor esos perjuicios, estimados en la suma de mil seiscientos veinte pesos ($ 1,620), que el demandado recibió de manos del actor y los intereses de mil quinientos pesos, a la rata del dos y medio por ciento mensual, desde el día veintitrés de marzo de mil novecientos veintiuno hasta que se haga el pago, el cual se verificará dentro del término que fije la sentencia.

3º Costas.

Se basa la demanda en estos hechos:

"Por motivo de un contrato de compraventa, me cedió el señor Ariosto Prieto, entre otros efectos, los créditos a cargo del señor Carlos Bonitto Herrera, por la suma de mil seiscientos veinte pesos a que ascendía el capital y los intereses en el día de la cesión. Los documentos en que constan esos créditos dicen que hay una prenda constituída en garantía, prenda que está en poder del señor Leopoldo Montejo. Además, esta circunstancia fue especialmente contemplada al hacer el negocio, y el señor Ariosto Prieto me aseguró que la prenda existía y que respondía del valor de lo que aseguraba. Después de hecha la cesión he establecido que la prenda no ha existido por no haber estado nunca en poder del depositario sino del deudor, y que de este hecho tenía pleno conocimiento el dicho señor Ariosto Prieto, de tal modo que había adelantado un proyecto para flotantizar una empresa de lavado (el objeto que se decía se daba en prenda), único medio de no perder el dinero dado como prenda, de acuerdo con el proyecto ideado por el deudor y por cuanto existen varios acreedores que se opondrían a la entrega de la prenda al depositario. Además, el mismo depositario me dio su opinión de que la prenda no le sería entregada y que cualquier gestión al respecto provocaría la inmediata quiebra del señor Bonitto. Por estos motivos considero que ha habido dolo por parte del señor Ariosto Prieto para inducirme a aceptar la cesión de dichos créditos; y que este dolo me ha causado un perjuicio igual a la suma por la que se me hizo la cesión, y los intereses respectivos.

El señor Ariosto Prieto me aseguró repetidamente que los créditos a cargo del señor Carlos Bonitto H., créditos que constan en documentos privados que llevan fechas de 5 y 29 de octubre; 11 de noviembre; 19 de noviembre y 10 de diciembre de 1920, estaban respaldados por una prenda que existía en poder del depositario nombrado al efecto, señor Leopoldo Montejo.

"El señor Ariosto Prieto me aseguró que esa prenda era garantía suficiente de la suma que él había dado en préstamo.

"De existir esa prenda, ella sería suficiente para garantizar el valor de los dichos créditos.

"La prenda no puede volver a manos del depositario señor Leopoldo Montejo por no haber estado nunca en su poder efectivamente, y por existir actualmente varios acreedores de Bonitto que se opondrían a ello.

"El depositario señor Leopoldo Montejo dice que la prenda no le será entregada y que si se quisiera compelir al deudor a esa entrega, seguramente se presentaría en quiebra.

"Del hecho de que la prenda no estaba en poder del depositario y de que no había otra solución, para salvar, siquiera fuera en parte, el dinero dado a Bonitto, que entrar en una Compañía formada entre Bonitto y sus acreedores, con el objeto de explotar la maquinaria de lavado, de la que se decía se había dado en prenda, tenía conocimiento el señor Ariosto Prieto, desde mucho antes de haberme hecho las cesiones de que he hablado.

"El señor Ariosto Prieto me hizo cesión de los créditos que constan en documentos privados que llevan fechas de 5 y 29 de octubre, 11 y 19 de noviembre y 10 de diciembre del año de 1920, créditos a cargo del señor Car-

los Bonitto Herrera, por valor recibido de mil seiscientos veinte pesos.

"Los dichos créditos devengaban un interés del dos y medio por ciento mensual y el capital de todos ellos asciende a mil quinientos pesos."

El demandado contradijo las acciones, y opuso, además, estas excepciones:

a) Orden y excusión; llama tal el demandante, y la hace consistir en la disposición del artículo 1965 del Código Civil, que dice:

"El que cede un crédito a título oneroso se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello."

b) Petición antes de tiempo, que hace consistir en la misma disposición citada.

Entabló, además, contra el actor, demanda de reconvención en que se piden estas declaraciones:

1ª "A que me pague el demandado señor Vicente Prieto la suma de ocho mil pesos ($ 8,000), o lo que según peritos me deba el demandado, como valor de las utilidades que me corresponden en la Compañía establecida entre el demandante y yo, para el negocio de joyería y platería, según escrituras públicas número 250 y 5332, otorgadas en las Notarías 1ª y 4ª de esta ciudad, respectivamente, la cual se disolvió desde el mes de marzo del año en curso, por consentimiento mutuo del demandado y yo, como únicos socios; utilidades que por mi credulidad y buena fe y por las alteraciones que de exprofeso se hicieron en los libros de contabilidad de la Compañía, los que deliberadamente el demandado ha tenido siempre ocultos en su casa, haciendo de ellos un uso indebido y sin permitir por esto hacer un examen escrupuloso y honrado de ellos al tiempo de la disolución de la sociedad, se hicieron figurar como pertenecientes al demandado, junto con la mayor parte de los objetos de joyería y platería de la Compañía, por valor de más de ocho mil pesos ($ 8,000); y de los perjuicios que el demandado me ha causado por su arbitrariedad en ocultar clandestinamente los expresados libros y no querer entregármelos por más que se lo he exigido, impidiéndome así tanto durante la Compañía, en mi condición de socio administrador, como fuera de ella, en mi propio nombre, establecer la relación de precios para la venta de los objetos de joyería y platería relacionados, a mi cargo y de mi propiedad, y por su otra arbitrariedad de quitarle las llaves de la caja de la Compañía al Cajero de ella, señor Francisco Prieto, hermano del demandado, y exigirle siempre a éste y exigirle el dinero que hubiera en caja de la Compañía, del cual el demandado disponía como de su exclusiva propiedad, ya en sus negocios particulares, ya haciéndolo figurar como nuevo aporte de él a la Compañía, perdiéndolo ésta, en el cual estaban incluídas mis utilidades, o sea la mitad, lo que hizo durante la Compañía.

2ª "A que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al demandado a que me cancele el documento privado que por error y debido a las alteraciones de los libros de contabilidad de la Compañía relacionada de joyería y platería, le otorgué al demandado constituyéndome su deudor por la suma de cinco mil doscientos pesos ($ 5,200), como valor que se les puso a varios objetos de joyería y platería de la misma Compañía, al disolverse ésta en el mes de marzo del presente año, y que se me hizo creer que correspondían al demandado en sus utilidades de la Compañía, y que aparecen que el demandado me los vende, resultando que bien examinados los negocios generales de la Compañía inmediatamente después de disuelta ésta, dichos objetos no pertenecen a las utilidades del demandado sino a las mías en la mencionada Compañía, y que maliciosamente el demandado ha tenido siempre ocultos lejos del establecimiento de joyería y platería de la Compañía, los libros de contabilidad respectivos, pretendiendo con esto que no se le descubra su mal proceder para conmigo, lo cual es bien claro y manifiesto; o que se declare que el referido documento carece de valor legal por obedecer su otorgamiento a un engaño de dinero no debido ni ser verdadero su contenido, pues su otorgamiento se hizo antes de hacer de dichos libros un examen escrupuloso y honrado.

3ª "Que se condene al demandado en las costas del juicio."

Esta demanda se funda en los hechos siguientes:

"1º El demandado Vicente Prieto celebró con el suscrito Compañía por escritura pública para el negocio de joyería y platería.

"2º El demandado no tenía facultad de disponer a su arbitrio y como de su propiedad del dinero de la Compañía para establecer alteraciones en los libros de contabilidad ni para ocultar éstos.

"3º El demandado, tanto en la Compañía mencionada, como siendo el establecimiento de joyería y platería de mi exclusiva propiedad, después de disuelta la Compañía, ha ocultado por largo tiempo los respectivos libros de contabilidad.

"4º El demandado dispuso, durante la Compañía expresada, del dinero de la caja respectiva, correspondiente a los negocios de la Compañía en que estaban comprendidas mis utilidades.

"5º El demandado me ha causado grandes perjuicios con la ocultación clandestina y arbitraria de los mencionados libros de contabilidad.

"6º El demandado consignó en los bancos de esta ciudad, como de su propiedad exclusiva, el dinero que diariamente retiró de la caja de la Compañía del negocio general de ésta.

"7º El demandado giró durante la Compañía sobre dicho dinero como de su propiedad, y no como de la Compañía, con lo cual apareció en los libros de contabilidad mencionados, con un capital aportado por él mucho mayor al que en realidad es.

"8º El documento que otorgué al demandado constituyéndome su deudor por cinco mil doscientos pesos, como valor de objetos de la Compañía y que aparecían como pertenecientes al demandado, lo otorgué sin la debida deducción de mis utilidades y sin previo examen escrupuloso de los libros de contabilidad de la Compañía, y por esto los ocultó el demandado.

"9º Con la alteración expresada de los libros de contabilidad de la Compañía, el demandado apareció con utilidades que no le corresponden y por esto en los cinco mil doscientos pesos del documento relacionado, están comprendidas mis utilidades en dicha Compañía y por lo mismo tal documento no es legítimo.

"10. Por el hecho de no entregarme el demandado los libros de contabilidad mencionados, me ha impedido, tanto durante la Compañía como después de ésta, establecer la relación de los precios de los efectos del establecimiento de joyería y platería expresado, para darlos a la venta, causándome el demandado con esto grandes perjuicios.

"11. El demandado ha ocultado clandestinamente los precitados libros de contabilidad con el exclusivo fin de que no se examinen las alteraciones en contra del demandado y a mi favor, de donde resultan mis utilidades y los perjuicios que me ha causado, y pretendiendo con dolo bien claro y manifiesto cobrarme los cinco mil doscientos pesos de que habla el mencionado documento que le otorgué, constituyéndome su deudor, siendo víctima de un engaño, en el cual incurrí por mi credulidad y buena fe."

El Juez decidió:

"1º Absuélvese al señor Ariosto Prieto de todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda principal por el señor Vicente Prieto.

"2º Absuélvese al señor Vicente Prieto de todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda de reconvención por el señor Ariosto Prieto.

"Sin costas."

Por apelación de ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha cinco de junio de mil novecientos veinticuatro, falló el pleito así:

"1º Declárase no probada la excepción perentoria propuesta por el demandado en la acción principal.

"2º Condénase al señor Ariosto Prieto a indemnizar al señor Vicente Prieto los perjuicios que le ha ocasionado por el hecho de que los créditos que constan en los documentos privados a cargo de Carlos Bonitto Herrera, documentos que figuran en este juicio, y que ascienden a la suma de mil quinientos pesos moneda corriente, por capital, y que fueron cedidos por el demandado al demandante, no están respaldados por la prenda de que se habla en dichos instrumentos, prenda que el cedente aseguró al cesionario que existía.

"3º Fíjase la cuantía de los mencionados perjuicios en la suma de mil seiscientos veinte pesos ($ 1,620) moneda legal, más los intereses corrientes de dicha suma desde el día 23 de marzo de 1921, hasta el día en que se verifique el pago, el cual debe ejecutarse seis días después de quedar en firme esta sentencia. Una vez que Ariosto Prieto haya pagado a Vicente Prieto la suma total que acaba de mencionarse, las cesiones de los documentos a que se ha referido este juicio, se entenderá que quedan sin efecto, y los citados documentos, en lo que puedan tener valor, volverán a poder del cedente.

"4º Absuélvese a Vicente Prieto de todos y cada uno de los cargos formulados contra él en la demanda de reconvención, por Ariosto Prieto.

"5º Condénase a Ariosto Prieto en las costas de la primera instancia, tanto en la demanda principal como en la de reconvención; y

"6º No se hace condenación en costas en la segunda instancia."

El demandado Ariosto Prieto interpuso oportunamente recurso de casación; pero como el Tribunal hallase que no estaba determinada la cuantía del pleito para los efectos de ese recurso, ordenó que se fijase por medio de peritos.

Originó esta providencia un largo incidente que habiendo principiado con la petición de revocatoria de ella el doce de agosto de mil novecientos veinticuatro, no logró terminarse sino al cabo de cinco años, el nueve de agosto de mil novecientos veintinueve, con el auto que concedió la casación.

Este recurso es admisible y estriba en la primera y segunda causales de casación.

Primera causal.

Se examina ante todo la primera causal, porque la Corte estima fundado el cargo noveno y procede a estudiarlo.

El recurrente acusa la sentencia por error de derecho en cuanto el Tribunal da por existente el dolo en Ariosto Prieto al tiempo de celebrar el contrato o cesión, cuando no resulta demostrada la intención positiva de inferir daño en los bienes de Vicente Prieto, que se atribuye al cedente.

El dolo, arguye el recurrente, según la definición de nuestro Código Civil, "consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (artículo 63); y no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse" (artículo 1516 ibídem). Para que haya dolo en un contrato, es necesario que se manifieste y pruebe la intención de causar daño en los bienes de la persona con quien se contrata, y así lo ha entendido la Corte Suprema cuando en la sentencia de casación de treinta y uno de mayo de mil novecientos veintidós declaró lo siguiente:

"Al decir el artículo 63, inciso final, del Código Civil, que el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, quiere significar que la intención debe ser real, evidente, verdadera: es decir, que el dolo debe estar probado en términos que no haya duda."

Lejos de apoyarse el Tribunal en pruebas que lleven a una demostración evidente, presume por inducción de ciertas circunstancias vagas y remotas, sin relación a tiempo preciso y a que hacen alusión los testigos de la contraparte, que el dolo existió al tiempo de perfeccionarse el contrato. Al obrar así, el Tribunal violó directamente los artículos 63, inciso final y 1516 del Código Civil.

Se considera:

El Tribunal, para deducir la existencia del dolo, parte de estas dos premisas: 1ª, que Ariosto Prieto, al verificar el contrato de cesión de los créditos, aseguró a Vicente Prieto que "ellos estaban respaldados con una prenda que existía en poder del depositario nombrado al efecto, Leopoldo Montejo"; 2ª, que resulta establecido de lo afirmado por Ariosto Prieto en la contestación al libelo de demanda, que dicho señor al momento de verificar la cesión, sabía que la prenda no existía. "Siendo así, concluye la sentencia, resulta igualmente establecido el dolo, porque Ariosto Prieto hizo que Vicente Prieto aceptara la cesión valiéndose de la afirmación, que era inexacta, de estar la acreencia cedida respaldada con una prenda."

Obsérvase desde luégo que no es exacto el segundo de estos hechos que el Tribunal atribuye al demandado

como generador del dolo. Basta para comprobar la inexactitud de esta aserción pasar la vista por el pasaje que el Tribunal invoca como prueba fehaciente: "No convengo en la acción intentada...., pues yo no le he causado perjuicio alguno por el hecho de haberle cedido al demandante los créditos aludidos, los cuales el demandante aceptó y recibió sin prenda de ninguna clase, como dinero efectivo, y así lo hizo constar en documento debidamente estampillado, de fecha 23 de marzo del presente año (1921)." Dice el demandado que cedió al demandante los créditos a cargo del señor Carlos Bonitto H., tales como los poseía, es decir, sin prenda de ninguna clase, como dinero efectivo. La afirmación del Tribunal, según se ve, es palmariamente inexacta, y queda por consiguiente, como única base de la sentencia para inferir el dolo, el hecho único de que Ariosto Prieto aseguró al cesionario que la prenda existía, sin que esto resultara cierto.

Esta afirmación del cedente no constituye de por sí dolo, si por otra parte no aparece comprobado plenamente que el cedente obrara con falacia, ora mintiendo respecto de la estipulación sobre prenda y la entrega de ésta, ora valiéndose de artificios que indujeran a Vicente Prieto a celebrar el negocio de cesión. El fraude, esto es, el engaño malicioso, la maquinación incidiosa, la mentira artera, que anublan el discernimiento y arrastran la voluntad, son elementos indispensables a la existencia del dolo.

La sentencia del Tribunal ninguna atención puso al estudio de estas circunstancias de vital importancia, sino que, según el propio texto de la sentencia, "el asegurar Ariosto Prieto repetidamente a Vicente Prieto que los créditos a cargo de Carlos Bonitto Herrera estaban respaldados por una prenda que existía en poder del depositario nombrado al efecto, señor Leopoldo Montejo, y el estar establecido también en la contestación al libelo de demanda que dicho señor, al momento de verificar la cesión, sabía que la prenda no existía, resulta comprobado el dolo."

Se deja demostrado en este fallo que la aserción del Tribunal respecto a la prueba que en su concepto resulta de la contestación de la demanda, es completamente inexacta. Y en cuanto a la prueba de los artificios de que se valiera el cedente para inducir al cesionario a aceptar el traspaso, ninguna prueba señala la sentencia, a tiempo que del proceso aparecen las siguientes pruebas en sentido contrario:

a) Confiesa Vicente Prieto en las posiciones absueltas ante el Juez 4º del Circuito de Bogotá, el veinticuatro de agosto de mil novecientos veintiuno, que estando verificando la liquidación de la Compañía habida entre él y Ariosto Prieto, e iniciado el negocio de compra por el segundo de las existencias, éste mismo ofreció en parte del pago del precio los mencionados documentos, los cuales fueron entregados previamente a Vicente para que los estudiase. Esta es su respuesta:

"Es cierto, vi los documentos, pero no me consta que la prenda existiera entonces, ni lo averigüé, debido a la confianza que en ese tiempo le tenía al peticionario."

Confirma el hecho de que Vicente Prieto tuvo en su poder varios días los documentos dichos con el fin de estudiarlos con detenimiento, los testimonios de Ernesto Gutiérrez y Jorge Larrotta.

No se concibe un propósito de fraude y engaño en aquél que pone en manos del vendedor los documentos de deber que da en pago de la compraventa para que los examine y estudie cuidadosamente, ya por sí mismo, ya por su abogado, a fin de cerciorarse del mérito legal y comercial de ellos. Al cedente, que no sólo permite, sino que exige el examen detenido y anticipado de los créditos que se propone traspasar, no puede imputársele procedimiento engañoso que oculte o desfigure la sinceridad de su policitación.

El contrato de prenda se había estipulado entre acreedor y deudor, quienes acordaron a la vez la persona a quien debía hacerse la entrega del bien empeñado; pero no estaba perfeccionado por no haberse verificado la entrega al acreedor. Hubo error ciertamente tanto del cedente como del cesionario, respecto de la falta de este requisito indispensable a la consumación del contrato, pero es un error explicable en personas ajenas al estudio del derecho, pero que no permite convenir en la existencia de un fraude.

b) Que ambos contratantes se hallaban en este error, es cosa que se demuestra con el propio dicho del cesionario y del testigo Jorge Vélez B.: el primero afirma en el interrogatorio de posiciones que presentó ante el Juez del conocimiento, el diez y nueve de julio de mil novecientos veintiuno, que "¿cómo fue cierto que usted (Ariosto Prieto), fue con el suscrito, después de haber hecho la cesión de los documentos, a la oficina del señor Leopoldo Montejo, depositario de la prenda, según los documentos, para que se apersonara del cambio del acreedor?" "¿Cómo es cierto que el señor Montejo nos manifestó que él no tenía la prenda?" El testigo Jorge Vélez declara:

"Me consta, por habérmelo dicho el señor Ariosto Prieto, que él aseguraba que la prenda con que respaldaba el señor Carlos Bonitto Herrera las obligaciones a favor del señor Ariosto Prieto, existía en poder del señor Leopoldo Montejo, y que su valor pagaría de sobra el valor de dichas obligaciones. Para reforzar su dicho me invitó el señor Ariosto Prieto a que fuera con él a donde el señor Leopoldo Montejo, para que yo y el señor Vicente Prieto oyeran de labios del señor Montejo lo mismo que él aseguraba respecto a la existencia de la prenda, y al efecto fuimos adonde el señor Montejo, pero éste no nos recibió por estar ocupado... Me consta por habérselo oído al mismo señor don Ariosto Prieto, que éste una vez que regresámos de donde el señor Montejo, repitió que la prenda existía y respondía plenamente del valor de las obligaciones. Al separarnos, me manifestó el mismo don Ariosto que al día siguiente deberíamos volver adonde don Leopoldo Montejo para que con el dicho de este señor se convenciera el señor Vicente Prieto de la existencia de la prenda."

De la manifestación del demandante y de la declaración de este testigo, se deduce la conclusión de que Ariosto Prieto no obraba con intención fraudulenta sino en virtud de un error en que incidió también el adquirente de los créditos, pues de otra suerte, lejos de haber procurado él la entrevista del cesionario Vicente Prieto con el depositario Montejo, la habría eludido como un medio eficaz de evitar que su artificio se descubriese y que el cesionario saliera de su error. Quiso también Ariosto que Jorge Vélez B., a quien había asegurado que la prenda existía, se convenciera de la realidad, y lo invitó a la

entrevista con Montejo. No obra así quien hubiera logrado un negocio de los créditos por medio de falacia.

El hecho de asegurar que la prenda existía efectivamente a causa del error propio en que estaba el cedente respecto a la entrega de ésta al depositario, error nacido de las sendas estipulaciones sobre constitución de ella los cinco documentos de mutuo firmados también por el depositario, si bien resulta una afirmación inexacta del cedente, no fue una deliberada mentira para embaucar al cesionario, ni ocultación maliciosa de un defecto legal, ni empleo artero de maquinaciones incidiosas que indujesen al comprador de los créditos a celebrar el negocio; en suma, no ha existido ninguno de los elementos que, según la definición clásica, pueden constituír el dolo. La sentencia es, por tanto, casable.

Por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia, la acción que se ejercitó en la demanda de reconvención carece de prueba y las excepciones perentorias propuestas por el demandado son ineficaces.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º Se casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, el cinco de junio de mil novecientos veinticuatro.

2º Se confirma la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, tres de junio de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

El doctor Simón Bossa, en ejercicio del poder que le confirió el presbítero Mauricio Alonso, estableció juicio ordinario ante el Juez 1º del Circuito de Cartagena, contra la herencia yacente del señor Magin Just Miret, representada por su curador, y contra Angel Núñez Martínez.

Dice así la demanda, fechada el veinticuatro de octubre de mil novecientos veinticinco:

"1º El día primero de mayo de mil novecientos veinte, el señor Magin Just recibió de mi poderdante, en calidad de mutuo o préstamo con intereses, las cantidades de seis mil quinientos pesos ($ 6,500) oro americano amonedado, y cuatro mil pesos ($ 4,000) oro legal, a la rata mensual del dos por ciento (2 por 100), y pagaderas el día treinta (30) de abril del año de mil novecientos veintidós (1922).

"2º El señor Magin Just era propietario de la casa de comercio denominada Compañía Licorera Colombiana, y en ella invirtió las cantidades de dinero que de mi poderdante recibió en calidad de mutuo, a que se refiere el punto anterior.

"3º Por escritura pública número 715, de cuatro de noviembre de mil novecientos veintiuno, de la Notaría 2ª de este Circuito, el señor Magin Just hizo socio de su casa de comercio al señor Angel Núñez Martínez, y éste introdujo a la Sociedad una pequeña suma de dinero, siendo, por consiguiente, la mayor parte del capital aportado, de Just. Según la escritura indicada, la duración de la Sociedad sería de tres años, a contar de la fecha de su inscripción, y a la vez se estableció que si la Sociedad se disolvía por muerte de uno de los socios, la liquidación se hará por el socio sobreviviente y con intervención legal de los herederos del muerto.

"4º El señor Magin Just falleció en la ciudad de Barcelona (España), el día diez de abril de mil novecientos veintitrés, y fundados en esto, el señor Angel Núñez Martínez y la señora Carmen Montero, diciéndose esposa legítima del señor Magin Just, esta última en su propio nombre y como representante de sus menores hijos, procedieron a disolver la sociedad denominada Compañía Licorera Colombiana, lo cual hicieron por medio de la escritura pública número 355, de diez y ocho de julio de mil novecientos veintitrés, y se estableció en dicha escritura (otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito), que el socio Núñez tomaba a su cargo el activo y el pasivo de la Sociedad, sin responsabilidad ninguna para los herederos del finado, y a la vez se dijo que el haber del socio muerto sería materia de arreglo privado con la señora Carmen Montero.

"5º Cuando fue corrida la escritura pública número 715, de cuatro de noviembre de mil novecientos veintiuno, todos los efectos que el señor Magin Just había comprado con el dinero que de mí recibió, los invirtió en la Compañía Licorera Colombiana, y con ese dinero cubrió la suma que aportó en dicha Sociedad, según la escritura referida.

"6º La escritura número 355, de diez y ocho de julio de mil novecientos veintitrés, se hizo violando terminantes disposiciones legales; pues en primer lugar la señora Carmen Montero no acreditó en forma alguna que ella fuera efectivamente esposa legítima del causante, ni tampoco se hicieron declarar herederos sus menores hijos, que se hacen aparecer en la escritura como representados por ella. Aunque en la mencionada escritura se habla de la disolución de la Sociedad, no se ha procedido a la liquidación de ella, para cancelar las acreencias que los particulares tienen contra ella; se ha prescindido, pues, del pago de sus deudas, lo que es contrario a la ley y a la moral.

"7º Para poder hacer efectiva su acreencia, mi poderdante hizo declarar yacente la herencia del señor Magin Just, habida consideración a no haberse hecho declarar heredero persona alguna, y por auto de treinta de octubre del año pasado, el Juzgado 1º del Circuito así lo resolvió, y a la vez designó al doctor José Manuel Merlano como curador de ella, quien una vez que hubo satisfecho todos los requisitos legales, entró a ejercer el cargo."

Fundado en los anteriores hechos, el actor pidió se hiciesen las siguientes declaraciones:

"a) Que la herencia yacente del señor Magin Just está obligada a pagarle a mi poderdante las cantidades de seis mil quinientos pesos ($ 6,500) oro americano amonedado y cuatro mil pesos oro legal ($ 4,000), con intereses a la rata mensual del dos por ciento (2 por 100), a contar desde la fecha del documento—primero de mayo de mil novecientos veinte—hasta el día en que el pago se verifique.

"b) Que igualmente la herencia yacente del señor Magin Just está obligada a pagarle todos los gastos que

haga en el presente juicio, lo mismo que los honorarios del abogado.

"c) Que son nulas absolutamente las estipulaciones contenidas en la escritura pública número 355, de diez y ocho de julio de mil novecientos veintitrés, de la Notaría 2ª de este Circuito, por medio de la cual los señores Angel Núñez Martínez y Carmen Montero procedieron a disolver la Compañía Licorera Colombiana.

"d) Que como consecuencia de la declaración anterior, deben considerarse como indivisos los bienes que forman el haber de la Compañía Licorera Colombiana, y, en consecuencia, carecen también de valor los pactos privados que se hayan hecho para repartir la cuota que proporcionalmente debe serle adjudicada legalmente a los herederos del causante.

"e) Que como consecuencia también de las declaraciones anteriores, los señores Angel Núñez Martínez y José Manuel Merlano, deben proceder a abrir y terminar la liquidación de la sociedad denominada Compañía Licorera Colombiana."

El actor acompañó a la demanda el documento que en primero de mayo de mil novecientos veinte, fue firmado por el señor Magin Just a favor del presbítero Mauricio Alonso, documento que aparece reconocido por los testigos que firmaron a ruego del deudor, y copia de las posiciones que fueron absueltas por el señor Angel Núñez Martínez, con fecha veintiséis de julio de 1924.

Como fundamentos de derecho se citan los artículos 1495, 1602, 2221, 2230, 2141 y demás concordantes del Código Civil, y 585 y demás pertinentes del Código de Comercio, y los conducentes del Código Judicial.

El demandado Angel Núñez Martínez negó la mayor parte de los hechos en que estriba la demanda, e impugnó la acción. El curador de la herencia aceptó unos hechos y negó otros; nada dijo acerca del derecho que se ejercita.

El Juez de la causa dictó sentencia de primera instancia, de veintitrés de abril de mil novecientos veintinueve, en la cual hace todas las declaracionse pedidas por el actor en la parte petitoria de la demanda.

El demandado Angel Núñez Martínez apeló del fallo de primera instancia. El Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia de seis de diciembre de mil novecientos treinta, confirmó la de primera instancia, con una reforma relativa a gastos judiciales.

El demandado Angel Núñez Martínez interpuso recurso de casación, el cual fue concedido por el Tribunal, y considera admisible la Corte.

En escrito dirigido al Tribunal Superior de Cartagena, fechado el diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta, el recurrente alegó las causales primera, segunda, tercera y cuarta, señaladas por el artículo 2º de la Ley 169 de 1896. Estas causales se alegaron pero no se fundaron ante el Tribunal.

El apoderado del recurrente sólo alegó y fundó ante la Corte la primera causal del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Primer cargo.

Error de hecho evidente en la apreciación de una prueba.

El recurrente funda este motivo así:

"La escritura pública número 355, de diez y ocho de julio de mil novecientos veintitrés, presentada como prueba de la disolución de la Compañía Licorera Colombiana, dice en su cláusula segunda:

'Segundo. Que habiendo fallecido en la ciudad de Barcelona (España), el socio señor Magin Just Miret, el día diez de abril del corriente año, de conformidad con lo previsto en la clásula undécima del expresado contrato de sociedad, el primero de los declarantes, en su carácter de socio sobreviviente, y la señora Carmen Montero, viuda de Just, la segunda en su carácter de heredera legal de su finado esposo señor Magin Just Miret, y como representante legal de sus legítimos menores hijos, de común acuerdo procedieron a practicar el balance general de los negocios de la mencionada sociedad Compañía Licorera Colombiana, para fijar el haber social de cada socio y disolver la expresada Compañía, por convenir así a los intereses de los declarantes; y

'Tercero. Que en consecuencia, y en su condición antes expresada, declaran disuelta la mencionada sociedad Compañía Licorera Colombiana, constituída por la referida escritura pública número 715, de cuatro de noviembre de mil novecientos veintiuno, desde el día de hoy, para todos sus efectos legales, y dejan constancia de que la liquidación de ella queda hecha en esta forma: el socio Angel Núñez Martínez toma a su cargo y bajo su responsabilidad personal el activo y el pasivo de la Sociedad en esta fecha, y sin responsabilidad ninguna para los herederos del finado señor Magin Just Miret; y el pago del haber social de éste, según el balance practicado en la fecha, ha sido objeto de un convenio privado entre el expresado señor Núñez Martínez y la señora viuda de Magin Just Miret, como heredera y representante legal de los demás herederos de éste.'

"Al apreciar el Tribunal que en la escritura mencionada hay un contrato de cesión o venta del haber de Magin Just Miret en la Sociedad referida, hecha por la viuda de éste a Angel Núñez Martínez, y que no hubo estipulación de precio, por lo cual es nula dicha escritura, conforme a los artículos 1502, 1524 y 1741 del Código Civil, incurrió en error de hecho evidente, y violó con él las disposiciones de los citados artículos, por indebida aplicación al caso de este pleito. En efecto: no hay en las estipulaciones de dicha escritura contrato alguno de cesión o venta del haber social del difunto, de la señora Montero al señor Núñez, porque los términos claros de la escritura excluyen completamente esa suposición. Para que pueda sostenerse que en una escritura pública consta un contrato de cesión o venta de determinados bienes, es indispensable que conste explícitamente la declaración de voluntad del vendedor o cedente, de traspasar al comprador o cesionario el derecho sobre aquellos bienes. Esta declaración no puede presumirse, como es elemental. Y en ninguna parte de la citada escritura consta la existencia de esa declaración de voluntad, elemento esencial del supuesto contrato. Allí, por el contrario, dice que **'el socio Angel Núñez Martínez toma a su cargo y bajo su responsabilidad personal el activo y el pasivo de la Sociedad en esta fecha, y sin responsabilidad ninguna para los herederos del finado señor Magin Just Miret'**; esta declaración es hecha, según se colige, por el propio Núñez Martínez, en virtud de la disolución de la Sociedad y de la liquidación de los negocios sociales. Pero es equívoco sostener que en tal estipulación se contiene un contrato de venta o cesión de la viuda de Just a Núñez Martínez, no habiendo elementos para

afirmarlo. De modo que si el Tribunal apreció que en esa escritura se contiene un contrato de venta, no siendo así como lo he demostrado, incurrió en error de hecho palpable a simple vista.

"Ahora: en la hipótesis de que en realidad existiera ese contrato, o una alusión a él, no sería nulo por falta de precio, por cuanto a continuación de la declaración que arriba he subrayado, se dice: 'y el pago del haber social de éste (de Just Miret) según el balance practicado en la fecha, ha sido objeto de un convenio privado entre el expresado señor Núñez Martínez y la señora viuda de Magin Just Miret, como heredera y representante legal de los demás herederos de éste.' De lo que se deduce que hubo un precio, cuyo pago se haría en virtud de aquel arreglo. Era indispensable al Tribunal, para fallar a conciencia, tener a la vista el mencionado arreglo, a efecto de ver cuál era el precio de la hipotética cesión. Le correspondía al actor aportar esa prueba, que no existe en el expediente, ya que los términos de la escritura favorecen a mi poderdante."

Se considera:

En armonía con las disposiciones que regulan la casación y con la doctrina uniforme de la Corte, los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas, salvo que incurran en error evidente de hecho o de derecho. El Tribunal de Cartagena llegó a la conclusión de que la liquidación de la Sociedad carecía de causa, fundado en las cláusulas de la escritura y en antecedentes de gran valía.

"El error de hecho no puede estimarse como causal de casación, sino cuando resulta de documentos o autos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador" (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo I, número 1471).

El eje de la litis es la causa del contrato de liquidación. El demandante sostiene, así como el Tribunal, que no hubo causa. El demandado Núñez Martínez sostiene que sí hubo causa real y lícita. De suerte que la calificación de la convención es cuestión secundaria en este juicio, puesto que es nula cualquiera que sea la denominación que se le dé, si falta la causa, renta, cesión, liquidación convencional, caen por su base si el contrato carece de un requisito esencial.

Just Miret aportó a la Sociedad cinco mil pesos y Núñez Martínez quinientos pesos. El primero tiene derecho a un 65 por 100 de las utilidades, el segundo a un 35 por 100. ¿Porqué razón se adjudicó todo el haber social al socio sobreviviente? ¿Dónde está el balance social? ¿Dónde el documento privado a que alude la escritura de liquidación? Los puntos a que se refieren estas preguntas ha debido probarlos satisfactoriamente el demandado Núñez, para establecer la causa de la adjudicación. Queda, por ende, en firme la apreciación del Tribunal, de que la liquidación carece de causa, y que se celebró para hacer nugatorio el crédito del presbítero Mauricio Alonso.

En suma: el Tribunal no incurrió en error evidente de hecho, ni violó las disposiciones citadas por el recurrente.

Segundo cargo.

Violación de ley sustantiva.

Dice el recurrente:

"La Sociedad, pues, representada por el socio sobreviviente, viene a ser afectada en sus intereses por una obligación que echa a su cargo el Tribunal a virtud del pedimento de un tercero que jamás ha sido acreedor de ella; por un crédito de que la Sociedad nunca tuvo conocimiento, que fue adquirido muchísimo tiempo antes de que ella existiese, que en nada la favoreció; y todo ello, a despecho de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2079 del Código Civil, según el cual 'la Sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados;' y no obstante lo establecido en los artículos 2120 y 2122 del mismo Código, disposiciones todas que, por la razón enunciada, fueron infringidas por el Tribunal en su fallo."

Se considera:

El Tribunal no sostiene en ninguna parte de la sentencia que el demandante sea acreedor de la Compañía Licorera Colombiana, ni que esta Sociedad tenga la obligación de pagar la deuda contraída personalmente por Magin Just Miret. Dispuso la liquidación de la Sociedad, de acuerdo con claras disposiciones legales. En el presente caso es menester dividir el haber social para saber qué bienes corresponden a la herencia yacente de Just Miret, deudora del presbítero Mauricio Alonso.

El Tribunal no violó los artículos 2079, 2120 y 2122 del Código Civil, y el cargo, por tanto, es infundado.

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, decide:

1º No es casable la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena, de seis de diciembre de mil novecientos treinta.

2º Se condena a la parte recurrente a pagar al opositor las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

La escritura otorgada entre la viuda de Magin Just Miret y Angel Núñez Martínez reza en lo pertinente:

"Segundo. Que habiendo fallecido en la ciudad de Barcelona (España), el socio señor Magin Just Miret, el día diez de abril del corriente año, de conformidad con lo previsto en la cláusula undécima del expresado contrato de sociedad, el primero de los declarantes, en su carácter de socio sobreviviente, y la señora Carmen Montero, viuda de Just, la segunda en su carácter de heredera legal de su finado esposo señor Magin Just Miret, y como representante legal de sus legítimos menores hijos, de común acuerdo procedieron a practicar el balance general de los negocios de la mencionada sociedad Compañía Licorera Colombiana, para fijar el haber social de cada socio, y disolver la expresada Compañía, por convenir así a los intereses de los declarantes; y

"Tercero. Que, en consecuencia, y en su condición antes expresada, declaran disuelta la mencionada sociedad Compañía Licorera Colombiana, constituída por la referida escritura pública número 715, de cuatro de

noviembre de mil novecientos veintiuno, desde el día de hoy, para todos sus efectos legales, y dejan constancia de que la liquidación de ella queda hecha en esta forma: el socio Angel Núñez Martínez toma a su cargo y bajo su responsabilidad personal el activo y el pasivo de la Sociedad en esta fecha, y sin responsabilidad ninguna para los herederos del finado señor Magin Just Miret; y el pago del haber social de éste, según el balance practicado en la fecha, ha sido objeto de un convenio privado entre el expresado señor Núñez Martínez y la señora viuda de Magin Just Miret, como heredera y representante legal de los demás herederos de éste."

El Tribunal apreció así ese instrumento:

"En el contrato de cesión que constata la escritura pública últimamente mencionada, la causa de la obligación que la vendedora cedente contrae de entregar la cosa materia del contrato, es la obligación que el comprador cesionario por su parte contrae de pagar el precio convenido; y la causa de la obligación del comprador de pagar ese precio, es la obligación que la vendedora adquiere de entregar la cosa. De ahí que, si no hay verdadera estipulación de precio, carezcan de causa real todas las obligaciones de la vendedora como las del comprador."

"..... Luego siendo la causa requisito prescrito para la validez de los actos y declaraciones de la voluntad, es evidente, de toda evidencia, que la ausencia de ese elemento engendra nulidad absoluta, lo cual acontece en el caso que viene estudiado y analizado, por cuanto que en el consabido contrato de cesión hay inexistencia o indeterminación del precio."

En vista de lo transcrito, no puede negarse que el sentenciador calificó el contrato contenido en la escritura citada de **"cesión,"** y declaró la nulidad de él "por inexistencia o indeterminación del precio."

Pues bien: conceptúo con el recurrente que el Tribunal incidió en error evidente de hecho al apreciar ese pacto como una cesión, pues basta pasar por allí los ojos para ver que lo que hay es una escritura de disolución de una compañía, pura y simple, contrato ejecutado para dar cumplimiento a lo pactado en la escritura de asociación, que preceptúa que si falleciere alguno de los socios se disolvería la Sociedad, y se liquidaría por el socio sobreviviente con intervención legal de los herederos del difunto, y ello fue lo que se hizo.

Pero suponiendo que esa disolución sea un contrato de cesión, él tuvo un precio, allí se estipuló que **"el pago del haber social de éste (de Just Miret), según el balance practicado en la fecha, ha sido objeto de un convenio privado entre el expresado señor Núñez Martínez y la señora viuda de Magin Just Miret, como heredera y representante legal de los demás herederos de éste."**

¿Cómo se atreve a decir el fallador que no hubo estipulación de precio?

Colocándonos en el ángulo en que se sitúa el fallador, y esto para agotar la discusión desde ese otro punto de mira, hay que convenir que se quebrantó el artículo 1524 del Código Civil, porque se ha dicho por esta corporación, en infinidad de fallos, jurisprudencia definitiva en el particular:

"Si no es necesario expresar la causa de una obligación (Código Civil, artículo 1524), la ley supone en todo caso la existencia de la causa real y lícita de ella; probada, pues, la obligación, está probada la causa; si ésta es simulada o si es ilícita, la prueba de estos calificativos corresponde a quien los haga" (Casación, 8 octubre de 1890. V. 306. 1ª).

"..... Probada la obligación queda probada la causa, y no tiene necesidad el interesado de probar la existencia de una causa real y lícita, aunque la parte contraria niegue la existencia de tal causa. Quien diga ser simulada o ilícita, es quien debe dar la prueba de estos calificativos" (Casación, 18 octubre de 1890. V. 306. 1ª).

¿A quién corresponde dar la prueba de la causa de la obligación contraída por la escritura número 355, de diez y ocho de julio de mil novecientos veintitrés?

Al demandante. El tenía que demostrar que ese contrato fue simulado. Y si se considera de cesión, como lo apreció el Tribunal, el demandado tenía que demostrar que no había precio.

Ahora: si no se califica esa obligación, y se considera que la calificación jurídica de la convención discutida es materia secundaria, siempre queda en pie la existencia de una obligación o convención probada por el demandado con la presentación de la respectiva escritura, y queda gravitando sobre la parte actora la obligación de demostrar que esa convención no tiene causa; cosa que no ha pretendido probar el demandante, secundado por el fallador, que echó sobre el demandado esa obligación, propia exclusivamente del demandante.

Por estos motivos salvo mi voto respecto de los puntos 2, 3 y 4 del fallo del Tribunal.

Bogotá, junio 3 de 1932.

José Miguel Arango

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

El señor Eduardo Benjamín estableció demanda ordinaria contra el señor Francisco de P. Cálad, para que, por sentencia definitiva, se hiciesen estas declaraciones:

"1ª Que el demandado, dentro del término de tres días después de notificada la sentencia que le ponga término al litigio, está en la obligación de entregarme el lote de terreno que, como de mi propiedad, ha ocupado y está ocupando en el sitio de **Buchitolo**, Municipio de Candelaria, lote de terreno que poseo en ese sitio, y cuyos linderos especifico en otro lugar.

"2ª Que el mismo demandado está en la obligación de pagarme, dentro del término de seis días a partir de la notificación de la sentencia, los frutos civiles producidos por el lote de terreno que indebidamente retiene el señor Cálad, desde el momento en que entré en posesión regular del inmueble.

"3ª Que igualmente el señor Cálad está obligado a pagarme, dentro del mismo término, los perjuicios provenientes de la no entrega del terreno, desde el momento en que en ejercicio del derecho de dominio que adquirí sobre el predio de **Buchitolo**, procedí a ocuparlo materialmente, lo que no pude hacer por impedimento del demandado y con motivo de la querella de policía que me estableció al efecto ante el señor Alcalde Municipal de Candelaria; y

"4ª Que el señor Cálad, si no acepta los puntos petitorios anteriores y se apersona en el debate, se le condene en costas por su temeridad.

"Los frutos civiles y perjuicios se avaluarán en el mismo juicio o en otro distinto, si fuere necesario."

En apoyo de esta demanda citó los artículos 917, 950, 952, 954 del Código Civil, y los hechos siguientes:

"1º Por escritura pública número 631, de trece de octubre de mil novecientos veinticinco, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Buga, adquirí por compra hecha al señor Julio Domínguez C., el derecho de dominio sobre un lote de terreno inculto, ubicado en el sitio de **Buchitolo,** Municipio de Candelaria, jurisdicción de esta Provincia, constante de cuarenta y seis (46) fanegadas seis mil tres (6,003) varas cuadradas, sobre estos linderos:

'Por el Oriente, con terrenos de Víctor Quintero; por el Occidente, con propiedad de la Sociedad M. Hurtado & Compañía del comercio de esta ciudad, que antes fue de Lucio Salcedo; por el Norte, con terreno de los herederos de Julio Cabal, y por el Sur, con terrenos de Sergio Cabal.'

"2º Este lote de terreno hizo parte de la antigua hacienda de **Buchitolo,** que fue del doctor Alonso Madriñán, y fue adjudicado a los señores Julio y Arcesio Domínguez C., como acreedores del Banco de Palmira.

"3º Por virtud de la escritura pública número 187, de quince de junio de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría del Circuito de Buga, Arcesio Domínguez le vendió a Julio del mismo apellido, mi vendedor, el derecho que en ese terreno le correspondió como acreedor del Banco de Palmira.

"4º Por diligencias de cuatro de mayo de mil novecientos diez y nueve y de diez y ocho de junio del mismo año, practicadas por el señor Juez Municipal de Candelaria, por comisión del Juzgado 2º de este Circuito, se dio posesión real y material del lote de terreno en cuestión, al señor Julio Domínguez, a quien en ese acto representé yo como su apoderado.

"5º En virtud de la compra en referencia y los hechos expuestos, el día trece de octubre de mil novecientos veinticinco procedí a ejercitar el derecho legal que adquirí sobre el mencionado inmueble, principiando por hacer rectificar del agrimensor, señor Fernando González R., la línea de separación de mi predio con el terreno contiguo, para el efecto de cerrarlo debidamente con cercas de alambre; y hallándose ocupado el señor González en esa labor, el señor Cálad se quejó en demanda de **statu quo** provisional, impidiéndome la prosecusión de la obra, lo que consiguió, efectivamente, el catorce del mismo mes.

"6º Por la iniciación de ese juicio, el cual cursa en la Alcaldía Municipal de Candelaria, no he podido continuar hasta hoy la labor empezada, y, por lo tanto, me encuentro privado del uso y goce de la faja de terreno que indebidamente retiene el señor Cálad, sufriendo los perjuicios consiguientes; y

"7º El demandado nunca ha sido dueño del lote de terreno que fue de los señores Julio y Arcesio Domínguez, y que hoy poseo por compra verificada al primero, y no obstante esto, titulándose dueño, se ha apoderado de él desde muchos años atrás, por modo arbitrario, con perjuicio de mis intereses."

Por medio de apoderado contestó la demanda Cálad, rechazando la acción, negando casi en su totalidad los hechos, y oponiendo las excepciones de carencia de acción e ilegitimidad de la personería.

Se transcribien a continuación los siguientes argumentos de la contestación que plantea la defensa:

"**a)** El lote de terreno materia de la demanda no forma parte de la antigua hacienda de **Buchitolo,** ni mi representado señor Cálad ocupa tal lote en nombre del señor Benjamín. Ese lote hace parte de los terrenos comuneros de **El Tiple,** y mi representado **ocupa** tal lote como miembro que es de dicha comunidad, y en su calidad de comunero poseedor de derechos cuantiosos en tales tierras indivisas.

"**b)** Los terrenos de **Buchitolo,** de los cuales quiere el demandante que haga parte el lote materia de la demanda, son también terrenos indivisos, y mi representado señor Cálad es dueño también de cuantiosos derechos en ellos; de manera que, aun suponiendo, como lo quiere el señor Benjamín, que el lote en cuestión haga parte del indiviso de **Buchitolo,** bien poseído estaría tal lote por el señor Cálad, siendo éste tan dueño de las tierras de **Buchitolo,** como puede serlo cualquiera otro dueño de derechos en tales tierras."

Seguido el juicio en la primera instancia, el Juez le puso término, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda.

El Tribunal de Cali revocó la sentencia del Juez, y en su lugar falló así la controversia:

"1º El demandado Francisco de P. Cálad o sus herederos, están en la obligación de entregar al demandante, tres días después de ejecutoriado este fallo, un lote de terreno de la pertenencia de éste, ocupado por el demandado, lote de terreno ubicado en el sitio de **Buchitolo,** jurisdicción del Municipio de Candelaria, constante de cuarenta y seis fanegadas con seis mil tres varas cuadradas y alinderado así:

'Por el Oriente, con terrenos de Víctor Quintero; por el Occidente, con terrenos de la Sociedad M. Hurtado & Compañía, del comercio de Palmira, y que antes pertenecieron a Lucio Salcedo; por el Norte, con terreno de los herederos de Julio Cabal, y por el Sur, con terrenos de Sergio Cabal.

"2º Condénase al mismo demandado, representado hoy por sus herederos, al pago de los frutos civiles del referido lote, a partir de la fecha de la contestación de la demanda, y cuyo monto o cuantía se fija en la cantidad de sescientos noventa y seis pesos con cincuenta centavos, pago que hará seis días después de notificado de esta sentencia; y

"3º Se absuelve al demandado de los demás cargos de la demanda.

"No hay lugar a hacer condenación en costas."

El personero del demandado interpuso contra este último fallo recurso de casación.

El opositor pide que el recurso se declare inadmisible por deficiencia de la cuantía, por cuanto ésta quedó definitivamente fijada en la suma de dos mil ochocientos ochenta pesos ($ 2,880), y el Tribunal concedió el recurso de tres de febrero de mil novecientos treinta y uno, fecha en que regía la Ley 11 de ese año, que exigía la cantidad de tres mil pesos, para que las sentencias pronunciadas en juicios ordinarios pudieran tener el recurso de casación. La Ley 11 entró a regir, dice el opositor, el veinte de enero de mil novecientos treinta y uno, fecha

de la sanción ejecutiva (**Diario Oficial** número 21598, de 23 de enero).

Concluye expresando que siendo el recurso de casación una demanda especial, él debe acomodarse a la ley vigente al tiempo de presentarse la acusación contra el fallo recurrido.

A este reparo basta observar que el recurso de casación fue interpuesto el trece de noviembre de mil novecientos treinta, esto es, antes de que rigiera la ley que elevó la cuantía, y, por lo mismo, es de aplicación estricta el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en virtud del cual las actuaciones ya iniciadas se rigen por la ley vigente al tiempo de la iniciación. No es el caso, pues, de acceder a lo pedido, y, por el contrario, la Corte admite el recurso y procede a decidirlo.

Se funda el recurrente en las causales primera y segunda para acusar la sentencia.

El juicio propuesto por el señor Eduardo Benjamín, dice el recurrente, no fue de dominio sino posesorio, y el Tribunal de Cali lo convirtió en juicio de dominio, y lo falló como reivindicatorio, resolviendo así un punto que no fue objeto de la controversia.

Explica luégo la incongruencia así:

"La petición principal de la demanda está redactada del modo siguiente:

'Que el demandado, dentro del término de tres días después de notificado de la sentencia que le ponga fin al litigio, está en la obligación de entregarme el lote de terreno que **como de mi propiedad ha ocupado** y está ocupando en el sitio de **Buchitolo**, Municipio de Candelaria, **lote de terreno que poseo** en ese sitio, y cuyos linderos especifico en otro lugar.' "

El demandante se situó, pues, en calidad de poseedor, y colocó al demandado en la de mero tenedor, y lo mismo se deduce de los términos empleados en la petición, cuando el actor dice:

"El lote de terreno que, como de mi propiedad ha ocupado," lo que quiere decir que era el pensamiento del demandante al proponer la demanda, que el demandado había entrado al terreno que hoy ocupa, a nombre y en lugar del demandante o de su antecesor, es decir, como mero tenedor; pues el que no tiene la cosa como dueño sino en lugar y a nombre del dueño, se llama mero tenedor (artículo 755 del Código Civil).

Ahora: el Tribunal Superior de Cali condenó al demandado en estos términos:

"El demandado Francisco de P. Cálad o sus herederos están en la obligación de entregar al demandante, tres días después de ejecutoriado este fallo, **un lote de terreno de pertenencia de éste**, ocupado por el demandado, lote de terreno ubicado en el sitio de **Buchitolo**, jurisdicción del Municipio de Candelaria, constante de cuarenta y seis fanegadas con seis mil tres varas cuadradas, y alinderado así:

'. . . . . ,

"Esta parte, expresa el autor del recurso, tiene un contenido distinto de la petición de la demanda. Declara la propiedad del demandante sin él haberla solicitado, y quita a la ocupación el carácter que éste le dio, al decir que el demandado había ocupado el terreno 'como de mi propiedad' y 'lote de terreno que poseo.' "

También se agregó en la parte resolutiva de la sentencia "o sus herederos," sin que haya constancia legal en los autos de la muerte del señor Cálad; y sin que así se haya pedido al establecer o reformar la demanda.

De suerte que se ha resuelto sobre puntos que no han sido objeto de la controversia, o no hay consonancia entre la sentencia y las peticiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Al anterior reparo se observa que el Tribunal entendió la demanda en el sentido de que se había establecido la acción reivindicatoria, y entró, por lo mismo, en el estudio de los elementos que integran dicha acción.

Si hubo error de hecho o derecho en la interpretación de la demanda, debió acusarse por este aspecto y por la primera causal el fallo, pues una vez entendida como lo fue la demanda, en el sentido de que se pedía la restitución de una cosa poseída por el demandado, de que era dueño el demandante, la sentencia tenía necesariamente que recaer sobre esa base.

Por lo que respecta a la expresión "o sus herederos," nada agrega el fallo; pues es bien sabido que si el sentenciado fallece, el fallo debe cumplirse por sus herederos.

El recurrente alega también la segunda causal, o sea la inconsonancia entre lo pedido y lo fallado, porque el Tribunal no se ocupó en analizar y contestar las razones en que el demandado fundó su contestación, ni en examinar y discutir los títulos de propiedad que hizo valer el mismo demandado. Dejó de resolver, dice, este punto esencial de la controversia, y dictó una sentencia unilateral; luego por este otro aspecto violó también la sentencia el artículo 835 del Código Judicial, y además el 837 de modo directo.

Observa la Corte que si el sentenciador falló teniendo en cuenta determinadas pruebas y omitió hacer el análisis de otras que pudieran llevar a una conclusión distinta, no sería el caso de la causal segunda, sino de errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, lo que mira a la primera causal de casación, ya que en la parte resolutiva, bien o mal, se decidió la controversia de acuerdo con lo pedido en la demanda.

Con respecto a la primera causal, el recurrente señala como motivo de agravio causado a su poderdante, el siguiente pasaje de la sentencia:

"Ya sea que el lote que se reivindica esté situado en terrenos de **Buchitolo** o lo esté en los de **El Tiple** o **Cabuyal**, es lo cierto que ese lote está incorporado en el globo de tierras inventariado como de propiedad de la sucesión de Cálad."

Olvidó el Tribunal, dice el autor del recurso, que el demandante había dicho que el lote de terreno era parte de la antigua hacienda de **Buchitolo**. Se desentendió de la demanda, e hizo con ello una errónea apreciación de la prueba del dominio, errónea en derecho, porque abandonó el proceso de propiedad señalado por el demandante; erróneo en el hecho, de manera evidente, porque se pasó en los terrenos de un lugar a otro, materialmente, físicamente. Hubo error respecto de la prueba de la posesión del demandado, porque ella se refiere a un terreno distinto del que se trata de reivindicar.

Considera la Corte que si el Tribunal hubiera hecho la afirmación de que el terreno poseído por el demandado primero, y luégo por sus herederos, estaba situado en el globo de tierras de **El Tiple** o **El Cabuyal**, prosperaría la acusación del recurrente, desde luégo que la demanda se refiere a un lote de terreno situado en **Buchitolo**. Pero

lo que ocurre es que, para razonar sobre el carácter de poseedor que tenía Cálad en las tierras que se reivindican, el Tribunal se colocó en dos supuestos, de los cuales uno va contra lo pedido en la demanda, y es inadmisible, pero queda en pie el otro, y no es dable, por lo mismo, casar por este concepto la sentencia.

Pero el recurrente sostiene que sí existe la prueba de que el lote poseído por Cálad, y actualmente por sus herederos, está situado en el indiviso de **El Tiple** y **Cabuyal**, y no en **Buchitolo**, que ha sido uno de los puntos de defensa de la parte demandada.

Señalo como prueba, en cuya estimación se ha incurrido en error de hecho, dice el autor del recurso, "la de la inspección ocular verificada el catorce de mayo de mil novecientos treinta por el señor Juez Municipal de Candelaria, por comisión del Tribunal de Cali, durante la segunda instancia, en cuanto por ella se da por identificado el lote cuya entrega pide el demandante con el que posee el demandado, siendo así que el pedido en la demanda era parte de la comunidad de **Buchitolo**, y el que posee el demandado es parte de la comunidad de **El Tiple** y **Cabuyal**, colindante de la primera; error que aparece con evidencia en los autos, y al cual se refieren muchos de los pasajes del presente alegato de casación."

Observa la Corte que, estudiada esta inspeccción, no aparece el error de hecho que el recurrente apunta.

En efecto: el perito señor Fernando González, que concurrió a la diligencia, expuso:

"En mi calidad de perito nombrado por la parte demandante, me consta directa y personalmente que los lotes adjudicados a los señores Julio y Arcesio Domínguez, de quienes deriva su derecho el señor Eduardo Benjamín, están incorporados dentro del perímetro de la propiedad inventariada como de pertenencia de la sucesión del señor Francisco de P. Cálad, situado dicho inmueble en **Buchitolo**, de este Distrito Municipal; y que este hecho le consta porque conoce personalmente el plano topográfico formado en el juicio de división de los terrenos de **Buchitolo**, ubicado, como queda dicho, en la jurisdicción del Distrito de Candelaria. Que el lote de terreno materia de la litis, según inventario y avalúo de los bienes sucesionarios del nombrado señor Cálad, se encuentra inventariado o incorporado como de propiedad de dicho causante; y que los lotes que son materia de la litis, son los mismos que en el plano respectivo están marcados con los números 59, 58, 57, 62, 61 y 60. Y además le consta lo que afirma, porque personalmente, en alguna época, intervino como ingeniero a demostrar la localización de los lotes de terreno en cuestión, en aquel sitio; y que por los datos fidedignos que da la copia del inventario de dicha sucesión que ha tenido a la vista, da más base sólida sobre este hecho."

El perito Vicente Aragón R. sí conceptuó que los lotes que se litigan, aunque están en un plano localizados en el terreno de **Buchitolo**, dicha localización corresponde, en el terreno, no a **Buchitolo** sino a **El Tiple**.

Vista la divergencia de los peritos, fue pedido el dictamen del tercero, señor Justiniano Llanos C., y su opinión fue "los lotes de terreno adjudicados a los señores Julio y Arcesio Domínguez, de quienes el señor Eduardo Benjamín deriva su derecho sobre aquel predio, se hallan incorporados dentro del perímetro de la propiedad inventariada como de la sucesión del señor Francisco de P. Cálad, ubicado dicho inmueble en la comprensión de **Buchitolo**, de este Distrito Municipal."

Como se ve, sólo el perito de la parte demandada afirma que los lotes en referencia están situados en **El Tiple**, de donde no resulta el error evidente que en la apreciación de la diligencia aludida señala el autor del recurso, quien afirma que ella comprueba que está en **El Tiple** la ubicaión de los lotes.

Señala el recurrente como pruebas en cuya apreciación incurrió el Tribunal en error de derecho, las siguientes:

"La escritura pública número 631, de trece de octubre de mil novecientos veinticinco, de la Notaría 1ª del Circuito de Buga; las hijuelas de adjudicación en el juicio divisorio de la hacienda de **Buchitolo**, y las diligencias de entrega de los lotes al demandante, en el concepto de que con ellas no se prueba la tradición del dominio que se dice tuvo sobre la hacienda de **Buchitolo** el doctor Alonso Madriñán, y que se puso en la demanda como base de la acción intentada. Las solas referencias que se hacen en esas piezas al dominio del doctor Madriñán, no son el medio legal adecuado para probar la tradición u otro de los modos de adquirir el dominio."

No se ha traído a los autos la prueba de la cesión del dominio que hiciera al Banco de Palmira el doctor Madriñán, ni se ha probado que éste fuera dueño del terreno. No se sabe si el doctor Madriñán había hecho mejoras en terrenos abandonados o indivisos, lo que parece más probable, y si compró el suelo a propietarios anteriores. Tampoco se ha probado si el derecho que hubiera adquirido subsistía al pasar el inmueble a otras manos. No aparece, pues, establecido el proceso de la propiedad por un tiempo suficiente para que la prescripción lo sancione de una manera definitiva. Tampoco existen en los autos pruebas de la posesión que hubiera tenido el doctor Madriñán sobre la llamada hacienda de **Buchitolo**.

Por consiguiente, el Tribunal ha violado los artículos 542 y 543 del Código Judicial, sobre el deber de probar, y las disposiciones de los artículos 740, 745, 749 y 756 del Código Civil. Así, como por haber sido aplicados indebidamente al caso del pleito, fueron quebrantados los artículos 946, 950 y 952 de este último Código.

Para resolver, se considera:

Por escritura pública número 271, de treinta de julio de mil novecientos diez y ocho, de la Notaría de Palmira, fueron protocolizados la división y el plano respectivo de la antigua hacienda de **Buchitolo**, y allí aparecen las adjudicaciones hechas a los copartícipes Arcesio y Julio Domínguez (folio 8º del cuaderno 1º).

El señor Arcesio Domínguez expresó, por escritura pública número 187, de quince de junio de mil novecientos diez y ocho, otorgada en Buga y registrada el catorce de agosto de ese año, esto es, posteriormente al registro de la partición, que las nueve plazas y setecientas treinta y una varas que figuran como de él y de su hermano Julio en la partición de la hacienda de **Buchitolo**, son exclusivamente de propiedad del último (folio 91). Posteriormente el señor Julio Domínguez, por escritura número 631, de trece de octubre de mil novecientos veinticinco, pasada en Buga, vendió al señor Eduardo Benjamín el lote de terreno obtenido, según se deja referido atrás, en la partición de la hacienda de **Buchitolo**, y determinado por los linderos que el demandante copió en su libelo.

En estos títulos se fundó el Tribunal para decretar la reivindicación del terreno que posee el demandado.

El recurrente, como se ha visto, no combate estos títulos, sino que echa de menos los títulos anteriores, esto es, los que acreditan dueño al señor Madriñán de la hacienda de **Buchitolo,** y la cesión que se dice hizo Madriñán al Banco de Palmira. No aparece, dice, establecido el proceso de la propiedad por un tiempo suficiente, para que la prescripción la sancione de una manera definitiva.

Considera la Corte que si el actor ha presentado una serie de títulos que acreditan su dominio, anteriores a la posesión material del demandado, y éste no opone otros que demuestren su derecho prevaleciente, no es necesario demostrar indefinidamente el derecho de los antecesores en el dominio que se alega. Y, por lo mismo, a quien alega el dominio como base de la reivindicación, le basta presentar para que su acción prospere, títulos anteriores a la posesión material del demandado, que no sean contrastados por otros que demuestren el mejor derecho del poseedor.

El autor del recurso manifiesta que no siendo claros los títulos ni suficientes para establecer el dominio del actor, que es la base de la acción reivindicatoria, hay que estarse a la posesión, la cual ha tenido materialmente, como se halla establecido en autos, primero el señor Cálad y luégo sus herederos, y que, por lo mismo, al no haberlo reconocido así el Tribunal, ha quebrantado el artículo 762 del Código Civil, que reputa al poseedor dueño mientras otra persona no justifique serlo.

Se observa que no aparece demostrado que el señor Francisco de P. Cálad hubiera tenido una posesión anterior al primer título exhibido por el actor, o sea la adjudicación hecha en mil novecientos diez y ocho en la partición de la hacienda de **Buchitolo.**.

El autor del recurso no ha señalado las pruebas que acrediten esa posesión, ni ha invocado el error de hecho en que hubiera podido incurrir el Tribunal al desconocerlas.

Por el contrario, aparece de los títulos exhibidos por el demandante, que el terreno que fue materia de las ventas estaba inculto, lo que quiere decir que el señor Cálad entró a ellos después, y estableció plantaciones y potreros, porque según la inspección ocular, tales terrenos están en su mayor parte cultivados, pero esto no acredita el dominio del demandado, sino cuando más sus derechos a la mejoras y a la retención, desde luégo que en la sentencia ha sido considerado como poseedor de buena fe.

El Tribunal entra a razonar sobre la base de que tanto Cálad como Benjamín fueron comuneros en el indiviso de **Buchitolo,** y concluye que aun en ese caso procedería la acción de dominio, porque puede reivindicarse una cuota determinada prindiviso de una cosa singular, conforme al artículo 949 del Código Civil, lo que significa que hay casos en que procede la acción de dominio entre comuneros, porque, como lo ha dicho la Corte, el derecho de una cuota de un bien indiviso presúpone la comunidad, y hace viable, por consiguiente, la acción de dominio entre condueños.

El recurrente combate este concepto, porque a su entender lo que ha intentado el demandante, no es reivindicar una cuota determinada proindiviso (cuarta, sexta, décima), de una cosa singular, sino un lote determinado por linderos y con cabida dada, sin determinar la cuota que representa en el terreno singular indiviso, y sin especificar esto que es completamente distinto. Y de esta suerte el Tribunal ha aplicado indebidamente al caso del pleito el citado artículo 949, violándolo claramente por tal concepto.

Considera la Corte que al argumento del Tribunal referente a la aplicación del artículo 949, fue hipotético, y que, por lo tanto, si hubiera incurrido el sentenciador en el error que apunta el autor del recurso, quedaría en pie el otro término en que el Tribunal se situó, o sea que se trata de reivindicar un cuerpo cierto, poseído por quien no es dueño.

Dice así el sentenciador:

"Los anteriores razonamientos demuestran de manera irrefutable, que hay acción por parte de Benjamín para demandar de Cálad o de sus herederos la restitución del lote de terreno de la antigua hacienda de **Buchitolo,** bien se considere ese lote como una porción del proindiviso, en donde también es poseedor el demandado, o como un cuerpo cierto, poseído por quien no es su legítimo dueño."

Puede ser el primer supuesto erróneo, pero queda en firme el segundo, que ha sido el fundamento principal de la sentencia, según se ha visto al estudiar los otros motivos de casación.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso de casación, pronunciada por el Tribunal Superior de Cali, el treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO NUMERO 3

En Bogotá, a siete de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, reunidos en Sala de Acuerdo los señores Magistrados doctores Juan C. Trujillo Arroyo, Remigio González Gooding e Ignacio González Torres, el último de los nombrados presentó para su consideración el siguiente proyecto de acuerdo, el cual fue aprobado, y que a la letra dice:

"Juan B. Serrano C., procesado por varios hechos delictuosos por el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, solicita el cambio de radicación de su negocio a un Distrito Judicial fuera del Departamento de Santander. A su solicitud acompaña algunas declaraciones, tendientes a acreditar el hecho de que 'por haber tenido actitudes erguidas en la política turbulenta que se desarrolló en Bucaramanga y poblaciones vecinas después de las últimas elecciones presidenciales,' por ser el señor Julio Troncoso, contra cuyos bienes se realizó un atentado en el cual se halla envuelto Serrano, persona que goza de muchas consideraciones en Bucaramanga, y por haber tenido un disgusto personal con el señor

Pedro Alonso Jaimes, Secretario de Gobierno del Departamento, el ambiente de Bucaramanga no es sereno y propicio, sino todo lo contrario, para su juzgamiento.

"Para conceptuar, la Sala considera:

"De las declaraciones en que el solicitante apoya el cambio de radicación de su proceso, sólo una, en realidad, se halla conforme con las preguntas formuladas por el peticionario Serrano. Las restantes apenas se limitan a asentir a algunos puntos, de los cuales no surge, en manera alguna, la necesidad del cambio de radicación solicitado. La misma exposición del declarante Ismael González, única que se refiere en toda su extensión a lo preguntado por Serrano, como fundamento para tal cambio, no concreta satisfactoriamente los hechos de los cuales pueda deducirse que el ambiente de Bucaramanga no es propicio al sereno e imparcial juzgamiento del procesado, por cuanto que solamente habla en abstracto de la inconveniencia de ese juzgamiento en la mencionada ciudad, pero sin precisar ni demostrar nada al respecto, ni siquiera en puntos que podrían ser esenciales, porque le conste directamente, sino sólo de oídas, como en el de no conseguir Serrano un abogado que lo asista en su causa.

"Considera la Sala que los cambios de radicación no se justifican, sino cuando verdaderamente resaltan con toda claridad los motivos que imponen tal medida, de acuerdo con lo expresado al respecto por la ley. Si por un simple capricho o por cualesquiera temores de los sindicados o procesados, se va optando por realizar tales cambios, indudablemente la recta administración de justicia y los fueros de imparcialidad y pulcritud ética, de que debe suponerse revestidos a todos los juzgadores, se afectan grandemente.

"Teniendo en cuenta lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, conceptúa que no es el caso de acceder al cambio de radicación solictado por Juan Bautista Serrano C.

"Comuníquese al señor Ministro de Gobierno, cópiese en el libro correspondiente y publíquese en la Gaceta **Judicial.**"

En constancia se firma por los Magistrados que integran la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia y por el Secretario de ella.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

ACUERDO NUMERO 5

En Bogotá, a veintitrés de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, reunidos en Sala de Acuerdo los señores Magistrados doctores Juan C. Trujillo Arroyo, Remigio González Gooding e Ignacio González Torres, el último de los nombrados presentó para su consideración el siguiente proyecto de acuerdo, el cual fue aprobado, y que a la letra dice:

"Solicita nuevamente el doctor David A. Forero, por conducto del Ministerio de Gobierno, y en su carácter de apoderado de Jorge Nieto Forero, que por esta Sala se conceptúe sobre el cambio de radicación de la causa criminal que al mencionado Nieto F. se le sigue ante el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por el delito de homicidio perpetrado en la persona del doctor Rafael María Gutiérrez.

"Al emitir concepto por tercera vez, la Corte considera:

"Solamente ha variado la cuestión que aquí se contempla, en cuanto que el certificado de los doctores Alfonso Mariño Parra y Guillermo A. Escobar acerca de la enfermedad de paludismo crónico que aqueja al acusado Nieto Forero, se le dio la forma legal de declaración. Pero esta forma no ha variado el aspecto jurídico en sí mismo, de lo declarado por tales testigos en su carácter de médicos, comoquiera que ellos no expresan, con el sólido fundamento indispensable para estos casos, todos los hechos y razones que de una manera cierta, científica y completa induzcan a la convicción de que efectivamente el cambio de radicación se justifica. Y así, por ejemplo, el doctor Escobar, al referirse al punto tercero de su declaración, dice:

'Por saber que actualmente no hay médico en Santa Rosa de Viterbo, y que el señor Nieto se encuentra con paludismo crónico, estimo necesario el cambio de clima, pues el tratamiento de dicha enfermedad es más efectivo en clima medio, y sabido es que Santa Rosa de Viterbo es de clima frío.'

"Cuando existe generalmente la creencia de que el clima frío es acaso el más adecuado para el tratamiento de enfermedades palúdicas, hay necesidad de expresar con el mayor fundamento, porqué en un caso dado tal clima no es conveniente. Por otra parte: si fuere verdad que en Santa Rosa de Viterbo no hay médico para atender con la debida eficacia al acusado Nieto Forero, no es menos cierto que en Duitama, por ejemplo, población distante de Santa Rosa, unos diez minutos apenas, en automóvil, hay no sólo uno, sino dos y aun más médicos graduados y de reconocida competencia.

"Lo brevemente expuesto está diciendo claramente que las declaraciones presentadas no dan base legal ni forman motivo de convicción suficiente para conceptuar favorablemente sobre el cambio de radicación de que aquí se trata.

"Por lo demás, vuelve a expresar la Sala su parecer de que los cambios de radicación no se justifican sino cuando aparezcan y resalten con verdadera nitidez los motivos que imponen tal medida, de conformidad con lo que sobre el particular exige la ley; pues si por prejuicios, por temores infundados o por cualesquiera otras ligeras consideraciones, se va optando por pedir y realizar tales cambios, no hay duda que se afectan y sufren menoscabo los intereses de la recta administración de justicia y los fueros de imaprcialidad y pulcritud ética de que debe estar revestida.

"En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, conceptúa, por tercera vez en este asunto, que no es el caso de acceder al cambio de radicación solicitado por el doctor David A. Forero, como apoderado de Jorge Nieto Forero.

"Comuníquese al señor Ministro de Gobierno, cópiese en el libro correspondiente y publíquese en la Gaceta **Judicial.**"

En constancia se firma por los Magistrados que integran la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia y por el Secretario de ella.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Ante la Alcaldía Municipial de Florencia presentó querella de policía el señor Manuel Antonio Ríos, en solicitud de amparo de posesión de su finca de **Las Delicias**, y contra las vías de hecho de Hermenegildo Perdomo, de quien afirmaba haberle ocupado una parte de la finca para derribar un guadual que allí existía. El Alcalde, con fecha siete de marzo de mil novecientos veintiocho, dictó sentencia, declarando improcedente la acción intentada; y como Ríos apelara, el Comisario Especial del Caquetá se abstuvo de fallar el asunto, en atención a que no habiendo quedado establecido el **statu quo** posesorio en la sentencia de primera instancia, era improcedente el recurso, de conformidad con el artículo 1479 del Código de Policía entonces vigente en la Comisaría.

Ríos, en el intento de conseguir el amparo de posesión solicitado, insistió en su pedimento, presentando una nueva demanda el día veinte del mismo mes de marzo; pero el Alcalde puso fin a la segunda querella, con fallo del veintinueve de mayo siguiente, en que declaró a Ríos sin acción de policía para obtener el amparo de posesión en la aludida finca de **Las Delicias**. El querellante interpuso apelación, y mediante el recurso, obtuvo que el Comisario Especial revocase el fallo del inferior, para disponer, como dispuso en su lugar, con fecha trece de octubre del mismo año, lo siguiente (folio 27 vuelto, cuaderno 1º):

"1º Ordenar al querellado señor Hermenegildo Perdomo el restablecimiento del **statu quo** provisional; y por lo alegado y probado en la segunda instancia, decreta:

"2º Amparar en su posesión de la finca de **Las Delicias** al propietario señor Manuel Antonio Ríos, conforme a lo establecido en el capítulo 6º, Título 1º, Libro 2º, del Código de Policía. Impónese al señor Hermenegildo Perdomo la multa de cincuenta pesos ($ 50), moneda legal, en el caso de desobediencia en el **statu quo** en mención, mientras el Poder Judicial decide el asunto....."

Ejecutoriada esta sentencia, vino a la Comisaría Especial un escrito de Hermenegildo Perdomo, fechado el catorce de diciembre de mil novecientos veintiocho, en que pedía el amparo de sus derechos adquiridos, mediante la ejecución del fallo de fecha siete de marzo proferido por la Alcaldía de Florencia, o sea el que recayó sobre la primera querella presentada por Ríos, la cual fue entonces declarada improcedente.

El encargado de la Comisaría Especial, que lo era entonces el señor Delfín Alarcón, sin tener en cuenta que esa primitiva resolución del Alcalde ningún amparo otorgaba, ni al querellante ni al querellado, y no obstante la posterior sentencia de la Comisaría—debidamente ejecutoriada—que sí otorgaba protección a Ríos, entró a resolver el memorial de Perdomo, revocando de plano tal sentencia, por considerarla contraria al principio de la cosa juzgada, y con fecha de primero de marzo de mil novecientos veintinueve, decretó lo siguiente:

"Declárase legalmente ejecutoriada y en todo su vigor la Resolución dictada por el Alcalde de este Municipio con fecha siete de marzo de mil novecientos veintiocho, sobre la querella de Policía establecida y sostenida por el señor Manuel Antonio Ríos contra el señor Hermenegildo Perdomo, pidiendo aquél que se ordenara a éste suspender cualquier trabajo que haya emprendido en su finca de **Las Delicias**, ubicada en jurisdicción de este Municipio, por no aparecer de autos que haya sido revocada, anulada, reformada o adicionada dentro del respectivo término legal por autoridad alguna competente.

"Decláranse sin valor alguno las resoluciones de primera y segunda instancia, de fechas veintinueve de mayo y trece de octubre de mil novecientos veintiocho, en su orden, proferidas por los señores Alcalde de este lugar y Secretario de la Comisaría Especial de este Territorio, respectivamente, en la nueva querella de Policía que sobre el mismo tópico del detallado en el numeral anterior instauró el mismo Manuel Antonio Ríos contra el mismo Hermenegildo Perdomo después de fallada la primera, por haber recaído sobre cosa juzgada.

"3º Ordenar, como así lo ordena, el amparo de sus derechos que se reconoció al señor Hermenegildo Perdomo por la Alcaldía de este lugar en la Resolución de fecha siete de marzo de mil novecientos veintiocho, ya invocada, providencia que debe el mismo funcionario que la pronunció, proceder sin pérdida de tiempo y dentro de los respectivos términos legales, a ponerla en ejecución y hacer que se cumpla, para impedir continúen lesionándose los intereses del amparado Perdomo, adquiridos en su inmueble de **Las Delicias**, de que tánto se ha hecho mención; y

"4º Devolver estas diligencias al señor Alcalde de este lugar, para que se sirva proceder a dar cumplimiento a lo ordenado en el punto anterior, y para que una vez más haga saber a los interesados, tanto a Manuel Antonio Ríos como a Hermenegildo Perdomo, que si se creen afectados en sus derechos tienen expedita la vía para hacerlos valer ante el Poder Judicial."

En cumplimiento de esta providiencia, el Alcalde del Municipio citado, con fecha venticinco de octubre de mil novecientos veintinueve, y contra la protesta de Ríos, lo expulsó de la finca en cuya posesión estaba, y, conminándolo con la multa de trescientos pesos para que no volviera allí, hizo la entrega de la tierra a Hermenegildo Perdomo, consumándose así el despojo.

En las debidas condiciones Ríos presentó la denuncia criminal correspondiente, en busca de sanción para el hecho atentatorio consumado por tales autoridades; y el informativo ha venido a la Corte, para que aquí se decida respecto a la respoonsabilidad del Comisario Especial, conforme a lo dispuesto por el ordinal 5º, artículo 33 del Código Judicial.

De la relación anterior, acorde con las constancias del sumario, aparece en forma indudable el despojo de posesión de la finca de **Las Delicias**, consumado en la persona de Manuel Antonio Ríos por las citadas autoridades, cuyo carácter oficial se halla acreditado en autos. Tal despojo violento, realizado por funcionario público, implica al mismo tiempo, de acuerdo con las leyes penales aplicables, la comisión de un atentado contra los derechos individuales, esto es, un atentado contra la propiedad, en la hipótesis prevista por el artículo 580 del Código Penal, que deja a salvo la sanción correspondiente al hecho del despojo según el artículo 900, y la indemnización de daños y perjuicios.

De esta suerte, y dada la disposición del artículo 27, Ley 104 de 1922, según la cual los delitos de responsabilidad definidos en los Títulos 9º y 10 del actual Código Penal, se investigarán y penarán sin perjuicio de los delitos comunes que comporten, de modo que si el hecho cometido por el empleado público, además de un abuso de sus funciones oficiales o de una falta de cumplimiento de los deberes de su destino, se encuentra penado en otra parte de la ley, se le impondrá la pena que por el primer delito corresponda, sin perjuicio de la que merezca por el segundo, juzgándose ambas delitos acumulativamente por el procedimiento ordinario, no hay duda de que el apreciar los hechos sobre que versa el presente informativo en la forma expuesta, no va en mengua del principio **non bis in idem**, sino en acatamiento de reglas expresas y claras establecidas por el legislador.

El primero de los hechos delictuosos que se considera es, pues, el de responsabilidad por atentado contra los derechos individuales—derecho de propiedad—en el caso que contempla el artículo 580 del Código Penal, según queda dicho, y el segundo consiste en el despojo violento de la posesión, al tenor del artículo 900 ibídem; violencia que para el caso existe conforme al artículo 773, consistente en la orden de entrega de la finca y el apremio de multa contra el poseedor Manuel Antonio Ríos.

Por lo demás, en el hecho—como lo anota el señor Procurador—pueden encontrarse tres fases distintas: en cuanto resolvió el encargado de la Comisaría pretermitiendo la instancia; el haberse fallado sin fórmula de juicio, y revocando una sentencia ejecutoriada, arrogándose el Comisario facultades propias de otras autoridades para declararla sin valor, y violando el derecho que tal fallo había condedido a quien lo demanadó, y, en fin, el hecho mismo de despojo de la posesión, verificado contra la persona protegida por la providencia ejecutoriada, que había emando de la misma Comisaría. Pero como tales fases se refieren al hecho del despojo y no fueron sino medios para consumarlo, no es el caso de atribuír a cada una de ellas carácter delictuoso como hechos independientes, pues por este aspecto sí se contrariaría el citado principio **non bis in idem**, como también lo expresa el señor Procurador en su vista.

El hecho que se destaca es, por consiguiente, el despojo violento (violencia ordinaria) de la posesión, pero con doble fisonomía jurídica por el hecho de ser empleado público el despojante, siendo, por lo tanto, el cargo distinto del simple despojo.

Opina el señor Procurador que la Sala debe juzgar no sólo al Comisario encargado, Delfín Alarcón, sino también al Alcalde de Florencia, que lo era Francisco Jiménez, por cuanto considera que a ambos y solidariamente corresponde la responsabilidad, lo que da lugar a aplicar el artículo 158 del Código Judicial, sobre jurisdicción acumulativa. Pero si se considera que la Corte entra en el conocimiento del asunto, es debido nada más que a la jurisdicción especial en razón de fuero que le asiste al Comisario Especial, y no al Alcalde, se encuentra en ello la razón para no avocar el conocimiento respecto a la responstabilidad que pueda caberle a este último; esto es, por la limitación que impone a la jurisdicción acumulativa el conocimiento especial y restringido a la persona investida de fuero, como sucede en el presente caso. Tal ha sido la jurisprudencia uniforme de la Sala. Se debe, eso sí, ordenar la compulsa de copia de lo conducente.

Aunque Delfín Alarcón, Secretario de la Comisaría, encargado del Despacho, por ausencia del titular, manifiesta que dictó la resolución atentatoria, siguiendo instrucciones de éste último, y uno de los declarantes, Pío Tamayo G., corrobora ese dicho, es lo cierto que ello en manera alguna lo exime de responsabilidad, puesto que cuando dictó dicha providencia no lo hizo en calidad de subalterno o subordinado, sino con la autoridad plena de Comisario Especial. Y aunque de allí pudiera aparecer de otro lado comprometida la responsabilidad del titular Paulo Miller Puyo, no es el caso de enderezar el procedimiento también contra él, pues no hay elementos bastantes para decidirlo así legalmente, aunque haya de admitirse como sospechosa su conducta, lo que da lugar al sobreseimiento temporal respecto de él.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con la vista del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, abre causa de responsabilidad por los trámites ordinarios contra Delfín Alarcón, Comisario Especial que fue del Territorio del Caquetá, por alguno o algunos de los delitos genéricos de "atentados contra los derechos individuales" y "fuerzas y violencias contra las propiedades; despojos," de que respectivamente tratan el capítulo 9º, Título 10, Libro II, del Código Penal, y el capítulo 9º, Título 3º, Libro III, ibídem.

Comisiónase al Juez del Circuito de Garzón para notificar el enjuiciamiento al procesado, haciéndole las advertencias legales. Término, diez (10) días, más las distancias.

Sáquese copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad en que haya incurrido el Alcalde de Florencia Francisco Jiménez, y envíese a la autoridad competente para el adelantamiento del respectivo sumario.

Se sobresee temporalmente en estas diligencias a favor de Paulo Emilio Puyo, Comisario Especial titular del aludido Territorio.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y cúmplase.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujilo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad de Pablo Emilio Castro por el delito de homicidio, le fue sometido por el señor Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Tunja, la siguiente cuestión única:

"El acusado Pablo Emilio Castro ¿es autor responsable de haber cometido voluntaria y premeditadamente el delito de homicidio perpetrado en la persona de Maximiliano Castro, en el sitio de La Laguna, en jurisdicción de Moniquirá, en la tarde del doce de febrero de mil novecientos treinta?"

El Jurado decidió:

"Sí, pero sin premeditación."

Sobre este veredicto, el Juzgado del conocimiento, considerando el hecho delictuoso como un homicidio simplemente voluntario, calificando la delincuencia en el menor grado y con aplicación de las disposiciones legales respectivas, condenó al encausado a la pena principal de doce años de presidio y a las accesorias consiguientes.

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior de Tunja, éste lo reformó, en el sentido de calificar la delincuencia en segundo grado, y aumentar la pena con la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo, condenando a Castro a diez años de presidio. En lo restante lo confirmó.

El defensor del sentenciado interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, y concedido tal recurso, se remitió el proceso a la Corte.

Como en este Despacho se ha surtido ya la tramitación propia del negocio, se procede a resolverlo en el fondo, comoquiera que el memorial en que se recurrió en casación—único que se tiene a la consideración de la Sala por parte del sentenciado—presta mérito para ello, a lo cual deben añadirse las apreciaciones del señor Procurador en su vista.

El recurrente aduce la causal primera del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, pues considera la sentencia violatoria de la ley por mala interpretación de ésta, ya que el Tribunal, dice, no ha debido calificar la delincuencia del encausado en segundo grado, sino en tercero, porque no existen comprobadas en el proceso circunstancias agravantes en contra de aquél, sino que, por el contrario, lo favorecen varias atenuantes, las cuales enumera. Hace al respecto algunas consideraciones, y luégo manifiesta que adolece también de error la sentencia del Tribunal, en cuanto a la interpretación y aplicación del artículo 124 del Código Penal, puesto que de una manera arbitraria se impone allí un aumento de la sexta diferencial entre el máximo y el mínimo, fundándose en una supuesta gravedad del homicidio. Sobre el particular se expresa así:

"Es doctrina sentada también por la jurisprudencia de la Corte y de los Tribunales, que esta aplicación de la sexta diferencial—en aumento o disminución—no es asunto arbitrario, dejado al buen talante de los Jueces; tanto este aumento como la disminución debe tener una razón justa, lógica, y, sobre todo, demostrada en los autos. Lo contrario sería erigir la arbitrariedad judicial como norma jurídica, lo cual constituye un verdadero atentado contra los derechos individuales y contra las garantías sociales.

"En la sentencia contra la cual me alzo, se dice que se aumenta la sexta diferencial, dada la gravedad del hecho, pero no dice en qué consiste esta gravedad, y si lo hace es interpretando erróneamente los hechos."

Para resolver, se considera:

Las agravantes en que basa la calificación en segundo grado el Tribunal, las estima así:

"Resta apreciar, dice, la gravedad del hecho que se juzga, y la mayor o menor culpabilidad del acusado, y para ello es preciso estimar las circunstancias que en algún modo las modifican. La manera como procedió Pablo Emilio Castro al disparar sobre Maximiliano, es decir, no en lucha franca, sino retirándose a una distancia prudencial, e hincando la rodilla en tierra para mejor asegurar la puntería, hace suponer cierto grado de reflexión y sangre fría, lo que constituye una agravante; el hecho de haber disparado el matador sobre el que en momentos antes estuvo en cierto modo de su parte, revelando con ello perversidad, debe estimarse también como otra agravante, y como tál debe tenerse, asímismo, el arma con que se cometió el delito, a saber, una escopeta cargada de perdigones, que ordinariamente se enplea, en razón de su precisión, en la cacería, y su uso en contra de las personas, aparte de exótico, resulta siempre fatal."

Basta detener un poco la consideración en lo que se acaba de transcribir, para que se vea cómo la manera de disparar, con rodilla en tierra y a cierta distancia, no pueda estimarse como agravante en el presente caso, en que los hechos se desarrollaron en un solo momento, y en que, por lo mismo, la suposición que hace el juzgador de segunda instancia, de reflexión y sangre fría, no caben estrictamente en este caso. Además, ese modo de proceder que se supone en el acusado, si figura entre las agravantes generales que enumera la ley, se halla, de otro lado, dentro de la misma sentencia, en contradicción con lo expresado en párrafo anterior por el Tribunal, cuando al referirse al móvil del delito, dice que éste fue de carácter inmediato, y consistió en la provocación por parte de la mujer del occiso, y en las palabras injuriosas que le dirigió éste y las agresiones de obra de que fue víctima, así como la circunstancia de haberle arrebatado Maximiliano el hacha que portaba Castro, a quien, además, le dirigió amenazas.

En lo que respecta al arma con que se cometió el delito, el numeral 6º del artículo 117 del Código Penal, trata es del uso de armas en la ejecución de aquellos delitos para cuya consumación no se emplean ordinariamente, como, por ejemplo, hacer uso de un arma de fuego para cometer un delito de estafa, pues para tal efecto, como es obvio, no se necesita aquélla, sino que basta simplemente el artificio. No se puede, pues, tener como circunstancia agravante el hecho de haber usado, para matar, de una escopeta.

Queda únicamente por apreciar la otra circunstancia agravante enumerada por el Tribunal, y relativa al hecho de haber disparado el matador sobre el que momentos antes estuvo en cierto modo de su parte, lo que revela, dice, perversidad.

Ante todo debe observarse que no aparece establecido de una manera incontrovertible en el informativo, el hecho de que efectivamente el agredido hubiera estado de parte de su agresor. Porque si bien es verdad que, según algunos testigos, amonestó a su mujer para que tuviese una actitud más calmada, a fin de no auyentar a la clientela de su establecimiento o tienda, ello no significa que se pusieron claramente del lado del agresor, en actitud favorable a este. Tampoco hay que perder de vista que Maximiliano le arrebató a Pablo Emilio el hacha que portaba, y que por esta circunstancia podría ser presumible que éste último temiera algún ataque de parte de aquél. Siendo lo anterior así, es indudable que no se puede tener en cuenta la perversidad que, por analogía hace surgir como agravante el Tribunal en contra del acusado. Pero como sí es evidente, al propio tiempo, que el sentenciado disparó contra Castro, cuando ya no podía temer una agresión inmediata de éste, por la distancia a que se encontraban uno de otro, y que lo hizo poniendo todo empeño en asegurar la eficacia del disparo, hay que concluír que este proceder sí da lugar a considerar el delito como de los más graves, pues el modo como se llevó a término revela una gran peligrosidad del homicida.

De modo que por este aspecto no puede prosperar el recurso, porque sí hay base suficiente, conforme a lo que se acaba de decir, para aumentar a la pena en tercer grado una sexta diferencial, ya que en la consumación del hecho sí se destaca claramente la mayor gravedad del hecho, sin que se pueda expresar, como lo hace el recurrente, que obrando así se procede arbitrariamente, por cuanto que, según lo anotado, sí existe base, se repite, para el aumento en cuestión.

Por lo demás, debe observarse que si se han hecho las consideraciones que anteceden, se debe principalmente a que el señor Procurador acogió la tesis insinuada por el recurrente y la expuso directamente en su vista, porque lo que es éste apenas se limita a hacer afirmaciones sin demostración alguna, pues no ataca cada una de las circunstancias agravantes a que se refirió el Tribunal, ni demuestra cómo no existen, ni porqué no debe tenerse en cuenta, ni porqué, finalmente, debe considerarse el hecho como de los menos graves, sin aumento de ninguna clase.

Basta lo expuesto, sin embargo, para concluir que debe casarse parcialmente la sentencia recurrida.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en lo general con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Pablo Emilio Castro por el delito de homicidio en la persona de Maximiliano Castro, de acuerdo con el veredicto del Jurado, previa calificación de la delincuencia en el menor grado, con aplicación del artículo 600 del Código Penal, más el aumento de la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo, de conformidad con el inciso 3° del artículo 124 de la misma obra, a la pena principal de siete años de presidio. En lo restante queda firme el fallo que ha sido objeto del recurso.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación reunido para decidir sobre la responsabilidad de Luis Francisco Ortiz por los delitos de homicidio y heridas, le propuso el señor Juez del conocimiento, 1° Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el siguiente cuestionario:

"¿Luis Francisco Ortiz es responsable de haber dado muerte a Juan de Jesús Barajas, por medio de heridas causadas con proyectil de revólver, en la tarde del día dos de marzo de mil novecientos veintinueve, en el punto denominado **Versalles**, de la jurisdicción municipal de San José de Miranda, y en la ejecución de este hecho procedió el acusado voluntariamente y con intención de dar muerte?"

II:

"¿Luis Francisco Ortiz es responsable de haber herido con proyectil de revólver a Eloy o Guillermo Suárez sobre el dedo índice de la mano derecha, el dos de marzo de mil novecientos veintinueve, en el punto denominado **Versalles**, del territorio del Municipio de San José de Miranda, y en la ejecución de este hecho procedió el acusado voluntariamente y con intención de herir?"

A la primera cuestión contestó el Jurado de manera netamente afirmativa; a la segunda, así:

"SI, pero involuntariamente y sin intención de herirlo."

Sobre este veredicto pronunció sentencia el Juzgado, con fecha catorce de septiembre del año próximo pasado, condenando a Ortiz como autor de homicidio voluntario, calificada su delincuencia en el menor grado y con aplicación del artículo 600 del Código Penal, a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias legales, y absolviéndolo por el delito de heridas.

Apelado el fallo para ante el Tribunal de Bucaramanga, éste lo reformó con fecha catorce de noviembre postrero, en el sentido de elevar a siete años de presidio la pena principal impuesta, haciendo uso del aumento prudencial de que trata el inciso 3° del artículo 123 del Código Penal.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido y enviado el expediente a esta Sala, en donde, surtida la tramitación que le es propia, se procede a resolverlo, teniéndose en cuenta para ello lo que dice el señor Procurador, y lo que expresa el recurrente en el escrito en que recurrió en casación ante el Tribunal, pues en el traslado que le fue concedido en este Despacho, no presentó alegación alguna.

Dice el recurrente que invoca como causales las siguientes:

"1° Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta, o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar.

"2° No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado."

Y dice el recurrente:

"La primera de estas causales la fundo así: prescribe el artículo 50 de la Ley 169 de 1896 que, si a juicio del Juez las resoluciones del Jurado fueren contrarias a la evidencia, declarará injusto el veredicto, y el artículo 51 de la misma Ley dispone que si el Juez de la causa no declara notoriamente injusto el veredicto del Jurado en los casos en que puede y debe hacerlo, el Tribunal hará tal declaratoria, de oficio o a solicitud de parte, siempre que el proceso se halle a su conocimiento por recurso legalmente interpuesto.

"En el caso de autos, el Tribunal, en lugar de dar aplicación al artículo 51 citado, declarando notoriamente injusto el veredicto del Jurado, aplicó erróneamente el artículo 600 del Código Penal, y me condenó injustamente como reo de homicidio simplemente voluntario.

"El error en la apreciación de las pruebas procesales por parte del Tribunal, le llevó de modo evidente a una desacertada aplicación de la ley sustantiva, puesto que aceptó como indicios lo que no era otra cosa que sim-

plemente suposiciones y conceptuaciones de los testigos, y aceptó como probados hechos que no aparecían demostrados en el proceso."

El recurrente se extiende luégo en apreciaciones sobre la prueba de indicios, en que diz que se fundaron los juzgadores de instancia para condenarlo, prueba insuficiente, a su juicio, que ha debido dar margen para declarar notoriamente injusto el veredicto, y termina así su escrito:

"La segunda de estas causales la fundo en que, de acuerdo con el veredicto del Jurado, caso de no tacharse por notoriamente injusto el artículo penal aplicable al procesado, era el 602 del Código Penal, en cuyo caso la pena imponible ha debido ser la de tres años de reclusión."

Para resolver, se considera:

Como se ve, por lo transcrito, en realidad de verdad habría campo para declarar desierto el recurso, por cuanto que el recurrente, invocando unas causales, sustenta otra absolutamente distinta, cual es la de la injusticia notoria del veredicto. Pero dentro de la amplitud concedida por la Ley 118 del año pasado, en donde sí figura la causal de injusticia notoria—numeral 5º del artículo 3º—y sobre todo, teniendo en cuenta las consideraciones que hace el señor Procurador en su vista, bien se puede expresar, en relación con lo expuesto por el recurrente, que carece de razón a través de todo su escrito, comoquiera que la decisión de los Jueces de conciencia, en lo que atañe particularmente al homicidio, se halla respaldada en autos por prueba más que suficiente para ello, como es la que proviene de las exposiciones de Eloy Suárez y Pablo Peña, corroboradas en su mayor parte por las de otros declarantes, exposiciones que, por lo demás, no han sido infirmadas en sí mismas, ni tampoco en lo que se refiere a las tachas contra los deponentes, como claramente se desprende del análisis que al respecto hacen tanto el juzgador de primera instancia como el Tribunal.

Y en efecto: no es cierto que todos los cargos los haya fundado el Tribunal en el hecho de que los testigos del proceso vieran cerca del lugar de los acaecimientos a un sujeto cuyos rasgos personales correspondían a los de Luis Francisco Ortiz, y en que no existe en autos la plena prueba de que éste estuviera o hubiera estado en el sitio en que los testigos en referencia observaron al desconocido, así como tampoco es cierto que el recurrente no hubiera sido reconocido debidamente en rueda de presos.

En primer término, los testigos que se han mencionado ya, es decir, Peña y Suárez, no hablaron de determinados rasgos de alguna persona que ellos vieran en el lugar de los sucesos, sino que categóricamente han afirmado que fue a Luis Francisco Ortiz a quien vieron en compañía de Jesús Barajas—como que el propio Suárez iba con éstos—y presenciaron los dos disparos que Ortiz hizo a Barajas. Así consta en el informativo. Quienes se refieren a determinados rasgos de un sujeto a quien no conocían personalmente, rasgos que corresponden perfectamente a Luis Francisco Ortiz, son otros declarantes de autos, tales como Nicolás Dávila, Simona Sánchez y Rosalía Suárez, que pasando por el sitio de los acontecimientos a la hora en que se desarrollaron, vieron a un individuo de regular cuerpo, más bien bajito, blanco y rosado, imberbe y de bigote naciente—rasgos de Ortiz—que disparó sobre uno de sus compañeros, refiriéndose a Barajas, que iba en lamentable estado de beodez. Estos sí son indicios que claramente corroboran las afirmaciones de Suárez y Peña. Y todo ello está demostrando, junto con otras señales de identificación de Ortiz, existentes en autos, que éste sí estuvo en el lugar de los sucesos, en la forma en que se ha expresado.

Cuanto al reconocimiento, él aparece hecho con toda nitidez y precisión en el informativo, como puede verse a fólio 47 del primer cuaderno del expediente.

Y por lo que se refiere a las tachas contra los testigos Peña y Suárez, debe manifestarse respecto del primero que no se pudo establecer en autos, en manera alguna, que fuera enemigo capital de Ortiz, sino que, por el contrario, el tiempo a que declaró y las diligencias que se hicieron para obtener su declaración, demuestran más bien que no tenía ningún empeño en contra del recurrente. Y en lo que atañe a Suárez, el propio Fiscal del Tribunal, cuya autoridad invoca Ortiz en su favor, dice sobre este testigo:

"El testimonio de Suárez sí es válido, porque él reconoció en rueda de presos a Luis Francisco Ortiz como el mismo que vio disparar contra Barajas; y aunque él también resultó herido, de ahí no puede deducirse que se invalide para declarar en favor de Barajas o en contra de Ortiz, porque ello llevaría a la conclusión de que en el caso de que todos los presenciales recibieron alguna agresión, el delito se quedaría impune por falta de testigos imparciales, lo que es absurdo. Suárez fue presencial, reconoció a Ortiz, y es hábil. Por lo tanto, en su sola palabra podría fundarse el auto de proceder, aunque no estuviera respaldado por los demás indicios que resultan de las demás declaraciones."

De suerte que no puede hablarse de injusticia notoria del veredicto proferido por el Jurado en esta causa, porque los Jueces de conciencia, como se ha visto, sí tienen en autos prueba legal suficiente que respalde su decisión. Por eso dice acertadamente el señor Procurador:

"Esa injusticia notoria no existe por la razón muy obvia de que el veredicto del Jurado no es contrario a la evidencia de los hechos comprobados en el proceso. Por el contrario, todos los elementos probatorios allegados al sumario demuestran que el desconocido que disparó su revólver sobre Juan de Jesús Barajas no fue otro que Luis Francisco Ortiz. El Jurado, en la soberanía de su conciencia, estimó que esos elementos probatorios de la responsabilidad de Ortiz eran suficientes para condenarlo, y nadie ha probado ni podrá probar que ese veredicto sea contrario a la evidencia.

"Afirmada como fue esa responsabilidad, el Juez tenía que aplicar las disposiciones que castigan el homicidio simplemente voluntario. De manera que esa sentencia no viola la ley penal por mala interpretación, ni por haberse aplicado una disposición distinta de la que co-correspondía aplicar.

"Tampoco es exacto que la sentencia esté en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, ni menos con el veredicto del Jurado. Se enjuició a Ortiz por el delito de homicidio, y por homicidio se le condenó. Lo que habría estado en desacuerdo con el veredicto del Jurado habría sido absolver a Ortiz, cuando el Tribunal de conciencia afirmó su responsabilidad sin atenuación alguna.

"En resumen: no están justificadas las causales de casación alegadas por el reo, ni existe comprobada ninguna de las demás que enumera el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, y, por lo tanto, conceptúo que así debéis declararlo y mantener firme la sentencia recurrida."

Siendo lo anterior expresión fiel de la realidad del proceso, bien claro se echa de ver que no hay lugar en este caso a invalidar por ningún motivo la sentencia recurrida.

Por tanto, la Corte Superma, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, abril primero de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de fecha veinticinco de febrero de este año, dispuso el envío a este Despacho, "por ser de su competencia," del incidente de excepciones propuestas por Otilio Quintero y Ernesto Bautista, en el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva, por suma de pesos y en nombre de la Nación, le sigue el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Para fundar su decisión, el Tribunal tuvo en cuenta las disposiciones del ordinal 5º del artículo 36 de la Ley 105 de 1931 y la del artículo 1228 de la misma Ley, el primero de los cuales atribuye a esta Sala de la Corte el conocimiento del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios que se sigan por los Recaudadores de rentas nacionales, y los Jueces de Ejecuciones Fiscales Nacionales investidos de jurisdicción coactiva; y el segundo declara que "las disposiciones de este Código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley, aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso o se promovió la tercería o el incidente."

Y razonó así:

"Según el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil, las disposiciones de los dos nuevos libros del Código Judicial (artículo preliminar de la misma Ley), son aplicables a los juicios pendientes en el momento en que principió a regir dicha Ley. Esta regla general se refiere, pues, tanto a las nuevas disposiciones sobre procedimiento civil como a las nuevas reglas sobre competencia."

. . . . . .

"Luego el Tribunal, desde el primero de enero de este año, fecha inicial de la vigencia de la Ley 105 de 1931, no tiene jurisdicción para conocer del incidente, y la entidad competente para sustanciarlo y decidirlo privativamente en una sola instancia, es la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

"La segunda parte del mencionado artículo 1228, introduce una excepción a la regla general de la primera parte; pero los incidentes introducidos se rigen por la ley, aplicable al tiempo en que se promovió el incidente. ¿Cuál es el sentido y alcance de esta disposición? La segunda parte del artículo no pudo referirse a las leyes de competencia, porque resultaría absurda la excepción; por ejemplo: un Juez del Circuito de Bogotá, que antes de la vigencia de la nueva ley estuviere conociendo de un ejecutivo por menos de mil pesos, en que se sustanciaba un incidente de excepciones, al entrar en vigencia la nueva ley perdería la jurisdicción para conocer de lo principal: la ejecución (artículos 196, 109, numeral 2º; 120), y la conservaría para conocer del incidente, nada más, si se dijera que la excepción del artículo 1228 se refiere a las leyes anteriores de competencia, y sería competente por cierto tiempo, hasta la terminación del incidente, y después dejaría de serlo y pasaría la competencia al Juez Municipial, si se dijera lo mismo.

"Tampoco se refiere la excepción a todas las reglas anteriores de procedimiento, porque entonces se anularía la regla general de que las nuevas disposiciones procedimentales se deben aplicar a los juicios pendientes al entrar en vigencia la nueva ley procedimental, consignada en la primera parte del artículo. En efecto: supóngase que los recursos, tercerías e incidentes que estaban pendientes el primero de enero de este año en todas las oficinas judiciales de la República se debieran regir por la antigua ley procedimental; entonces la nueva ley procesal no tendría aplicación sino en los asuntos iniciados después de aquella fecha, y en la prosecución de las primeras instancias de los antiguos asuntos; éstos casos son poquísimos, y los casos de los recursos, tercerías e incidentes pendientes son la casi totalidad; ¿entonces cuándo y cómo tendría aplicación la regla general de que la nueva ley se aplica a los juicios pendientes en el momento de principiar su vigencia? Continuando en la misma hipótesis resultaría que, por ejemplo, los autos dictados en una segunda instancia de un juicio ordinario, iniciada por recurso de apelación interpuesto antes del primero de enero, había que notificarlos por edicto, al paso que los dictados en una segunda instancia, promovida después de aquella fecha, habría que notificarlos por estados; se tendrían, pues, dos legislaciones procedimentales en aplicación en el país a un mismo tiempo, cuando la voluntad del legislador fue la de que la nueva ley procesal se aplicara a todos los asuntos en curso, y que la ley antigua dejara de aplicarse en esos momentos, salvo cuatro casos muy limitados.

"No dando luz en la interpretación de punto, la expresión de la segunda parte del artículo 1228 'rigen por la ley aplicable al tiempo en que se promovió el incidente,' hay que investigar entonces a qué incidentes se refirió la excepción consagrada en esa segunda parte. Para el Tribunal, vistos los resultados inaceptables y contrarios a la voluntad del legislador, antes señalados, aparece como claro y fundado que la excepción de que se trata

no se refiere sino a aquellos incidentes previstos y reglamentados en la antigua ley procesal, y que la nueva no previó ni reglamentó, en cuanto a su sustanciación, o a aquellos que la nueva ley reglamentó de manera diferente a la antigua. Por ejemplo: el incidente sobre prestación de fianza de costas, pendiente el primero de enero de este año, se rige por la antigua ley, porque la nueva no lo admite ni establece su tramitación; el incidente de impedimento del Juez o Magistrado pendiente en la misma fecha, continúa sustanciándose conforme a la ley antigua, porque la nueva lo reglamenta de otro modo. Es esta la única manera de entender y aplicar lógica y jurídicamente la excepción, y de evitar consecuencias absurdas y funestas en la administración de justicia.

"De aquí se deduce que las leyes antiguas aplicables a los incidentes a que se refiere la excepción, son las relativas a la admisibilidad, sustanciación y fallo de esos incidentes, que ahora no establece expresamente la nueva ley o reglamenta de modo diferente a la antigua, y nada más.

"Como este incidente de excepciones no es de aquellos a que se refiere, según lo dicho, la segunda parte del artículo 1228, porque está previsto y reglamentado en la nueva ley, aunque haya sido promovido y aun sustanciado hasta cierto punto bajo el imperio de las antiguas leyes de competencia y procedimiento, según la primera parte del mismo artículo."

Para resolver lo que se estima jurídico, la Corte tiene en cuenta:

Como antecedente de la disposición del artículo 1228 que se discute, la Comisión redactora del proyecto, que es la Ley 105 de 1931, en la exposición de motivos expresó:

"Disposición final.

"Declara exactamente la misma doctrina del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pero empleando una terminología más jurídica.

"Siendo las leyes procedimentales disposiciones de orden público, deben aplicarse las actuaciones pendientes y no dejar que sobrevivan a las viejas normas sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido."

El artículo 40 de la Ley 153, a que la Comisión se remite, expresa textualmente:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente a tiempo de su iniciación."

De acuerdo con el criterio de los autores del proyecto, la disposición por ellos redactada, esto es, el artículo 1228, sólo se diferencia de la del artículo 40 en que en lugar de hacer uso de la expresión "actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas," ellos precisaron mejor el concepto, concretándolo, cuando dicen: "los recursos interpuestos y las tercerías e incidentes introducidos."

Según el artículo 40, las disposiciones que prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben empezar a regir, son las **concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios**, esto es, las que tienen por objeto formar la causa o el proceso hasta ponerlo en estado de sentencia, o, en otros términos, las que regulan la tramitación o curso del juicio. Empero, como entre las disposiciones sobre organización y procedimientos civiles las hay de naturaleza muy distinta a la simple formación de la causa o del proceso, es decir, a la simple sustanciación y ritualidad, de aquí el criterio de los miembros de la Comisión, quienes, entendiendo aquella diferencia y respetando la disposición sustantiva del artículo 40 de la Ley 153, concluyeron distinguiendo entre disposiciones simplemente procedimentales y disposiciones que constituyen un derecho adquirido. Y con este criterio dijeron que las primeras "deben aplicarse a las actuaciones pendientes y no dejar que sobrevivan las viejas normas," y respecto de las segundas, establecieron la excepción, porque ellas "constituyen un derecho adquirido." Excepción que consiste en aplicar la ley vigente al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente. De suerte que hay leyes en el procedimiento que son simplemente adjetivas, y leyes que por constituír un derecho adquirido, asumen el carácter de sustantivas.

Ahora bien: si se trata de un derecho adquirido, es obvio que la ley posterior no puede vulnerarlo ni desconocerlo, por el carácter irretroactivo que ella tiene, de modo general, y en este caso el término que no esté vencido, los recursos interpuestos y las tercerías e incidentes introducidos deben regirse por la ley, aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente, como de modo claro y sin distinciones lo estatuye el artículo 1228.

Veámos ahora si la competencia para conocer de un negocio, procedente de la ley vieja o nueva, es cuestión de simple ritualidad o procedimiento, o si al contrario, es asunto sustantivo, que constituye derecho.

"La competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República" (artículo 143 de la Ley 105 de 1931).

El legislador instituyó el Poder Judicial como entidad encargada de ejercer permanentemente sobre nacionales y extranjeros la facultad de administrar justicia, de acuerdo con la Constitución y las leyes, con el objeto de hacerla efectiva y oportuna; asigna esa facultad a las distintas entidades por él instituídas, y determina a cada una, de modo privativo o preventivo, los negocios sobre los cuales debe decidir. Y esta misión social, la más trascendente que humanamente puede realizarse, tiene su origen en la necesidad de que el equilibrio y el orden se mantengan, para que la convivencia humana satisfaga los fines racionales a que naturalmente se tiende, de acuerdo con su esencia propia y natural.

Es más: si estos son los fines que en último término se atribuyen a la competencia de los Jueces para conocer de los negocios que hayan de decidirse por ellos como encargados de la administración de justicia, hay que concluír que las disposiciones reguladoras de esa misma competencia, como de orden público que son, participan del carácter de disposiciones sustantivas, ora

por la materia a que se refieren, ya porque regulan derechos, no sólo desde el punto de vista social sino también individual: lo primero, porque el derecho de un Juez para conocer de un negocio privativamente le compete con exclusión de otro, y lo segundo, porque el derecho que un ciudadano tiene para acudir ante un Juez, según la ley, no puede desconocérsele en ningún caso. Y si de acuerdo con los distintos grados de jurisdicción, en un caso dado el ciudadano goza de varias instancias en vez de una, es claro que la ley que establece las primeras garantiza más eficazmente su derecho que aquella que establece la instancia única, y en este caso la ley, que estatuye con posterioridad, no debe tener efecto retroactivo, menoscabando el derecho adquirido a las varias instancias en un juicio, ya iniciado bajo el imperio de la ley más protectora.

Y no es porque en los casos de tránsito de la antigua a la nueva ley pueda ocurrir que un Juez, antes de la vigencia de la nueva ley, esté conociendo de determinado juicio, y por obra de la vigencia de la nueva ley pueda perder la jurisdicción de ese mismo juicio o de alguno de sus incidentes; nó. Es en virtud de principios fundamentales, que precisamente fundan la excepción para estos casos, excepción que tiende a conservar la jurisdicción respecto de los juicios ya iniciados, y con ella el ejercicio de todos los derechos sustantivos que amparan el patrimonio, y realizan de esta manera el orden social. Y el argumento que con base en esa pérdida de jurisdicción pudiera deducirse contra la excepción establecida por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y el 1228 de la Ley 105 de 1931 confirma de modo claro la consecuencia deducida de estos principios, en virtud de los cuales se exige que todo término, excepción o incidente, que hayan empezado o se hayan promovido bajo el imperio de la ley antigua, se rija mediante los trámites por ella establecidos.

Además, esta interpretación, que es acogida y practicada por las Salas de Casación de esta misma Corte, tiene como antecedente la aplicación práctica que de ella hizo el legislador de 1907, cuando en el artículo 167 de la Ley 40 dispuso:

"Los juicios civiles y causas criminales abiertas cuando principie a regir la presente Ley, seguirán su curso ante los mismos Jueces que aprehendieron el conocimiento de ellos"; aplicación práctica, que no apreció el argumento presentado por el Tribunal, de que se tuvieran dos legislaciones procedimentales en aplicación en el país a un mismo tiempo, "cuando la voluntad del legislador fue que la nueva ley procesal se aplicara a todos los asuntos en curso, y que la antigua ley dejara de aplicarse en esos asuntos, salvo cuatro casos muy contados"; pues importa no olvidar que en tratándose del tránsito de una legislación antigua a la nueva, según el comentario ya hecho, necesariamente, por obra de la misma ley nueva, la antigua queda vigente para determinados casos, como puede observarse, no simplemente repecto de disposiciones procedimentales, sino en relación con estatutos civiles, tales como los de los artículos 20, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 39, 40 y 41 de la Ley 153, antes citada.

Y no es que con esta interpretación se anule la regla general de que las nuevas disposiciones procedimentales se deben aplicar a los juicios pendientes al entrar en vigencia la nueva ley, nó; porque la interpretación tiende a que se respete así la regla general, como la excepción en ella establecida: la norma general, en relación con las disposiciones de simple **ritualidad o procedimiento**, como la notificación por edicto o por estado, y la excepción, respecto de las disposiciones sustantivas procedimentales, como la jurisdicción para conocer de un negocio, la duración de un término, el derecho a interponer un recurso y los fundamentos que lo sustenten, así como la facultad para promover las tercerías y los incidentes que la antigua ley autorizaba; disposiciones que, como ya se dijo, constituyen derechos adquiridos.

Y como la segunda parte del artículo 1228, que establece la excepción, no hace distinción ninguna referente a la clase o naturaleza de los términos, recursos, incidentes o tercerías, los cuales se rigen por la ley, aplicable al momento en que empezaron a correr o se promovieron, respectivamente, no se ve la razón para concluír que es claro y fundado "que la excepción de que se trata no se refiere sino a aquellos incidentes previstos y reglamentados en la antigua ley procesal, y que la nueva no previó ni reglamentó, en cuanto a su sustanciación o a aquellos que la nueva ley reglamentó de manera diferente a la antigua"; porque esta interpretación se sale de los términos literales de la disposición del artículo 1228 citado, y peca contra la del artículo 27 del Código Civil, según el cual "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu."

Por todo lo expuesto se concluye que el conocimiento de este negocio, según el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en primera instancia, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 53 de 1917, en armonía con el ordinal 2º del artículo 73 del antiguo Código Judicial, y con el ordinal 1º del artículo 7º de la Ley 169 de 1896, vigentes en el momento en que se promovió el incidente de excepciones de que aquí se trata; y en segunda instancia, corresponde a esta Sala de la Corte Suprema. Como consecuencia, devuélvanse los autos al Juzgado de origen para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial.**

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, abril cinco de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En sentencia de fecha veintidós de mayo del año último, el Tribunal Superior de Bogotá absolvió a la Nación de los cargos contra ella deducidos en demanda establecida por el señor Buenaventura Maldonado, para que mediante las ritualidades de un juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que soy dueño de una zona de tierra que ha ocupado y ocupa de hecho el Gobierno con el camino que de Bogotá conduce a Choachí, zona cuyos linderos son:

'Por dos costados, con terreno actualmente de mi propiedad; por el pie, con el camino viejo que de Bogotá conduce a Choachí, camino conocido con el nombre de

Los Chiguanos, y por la cabecera, con terreno de propiedad de la capellanía de Nuestra Señora de Guadalupe.'

"2ª Que la Nación está obligada a restituírme la posesión de esta zona, y, por lo tanto, a hacerme entrega real y material de la misma, por los linderos anteriormente expresados, desde la notificación de la sentencia.

"3ª Que la Nación está obligada a pagarme el valor de los frutos naturales y civiles de la misma zona y de los perjuicios ocasionados con la ocupación de ella para el referido camino que de Bogotá conduce al Municipio de Choachí, de conformidad con la respectiva tasación hecha por peritos."

Hechos de la demanda:

"1. Durante la Administración del Excelentísimo señor Rafael Reyes, el Gobierno Nacional dispuso la construcción del camino que arranca de un punto situado arriba del Paseo Bolívar, en la parte oriental de esta ciudad, y que conduce al Municipio de Choachí, camino que constituye un ramal del **Camino del Humea.**

"2. Para la construcción de este camino se ocupó de hecho una zona de terreno, entonces de mi propiedad, que hace parte de un globo de mayor extensión, también entonces mío, ubicado en el punto denominado **La Agua Nueva,** y alinderado según lo indica la escritura número trescientos sesenta y cinco (365), de fecha diez y siete de abril de mil novecientos quince, cuya copia acompaño.

"3. Esta zona, ocupada de hecho para la construcción del mencionado camino, dividió el globo en dos porciones diferentes y completamente separadas, por lo cual se depreció el valor de la finca, y se hizo muy dificultosa la explotación de las minas de arena, carbón y de las canteras que allí existen.

"4. El Gobierno, con pretextos de que se daña el camino, ha impedido los trabajos de las canteras y las minas de arena que existen en la misma finca.

"5. Empleados nacionales e individuos particulares, por orden de los Agentes de la Nación, han ocupado de hecho la zona referida, y han prohibido la extracción de piedra y arena y la ocupación de la vía con los materiales de las explotaciones próximas.

"6. La Nación no llenó, para proceder a ocupar la zona referida, los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes, cuando se trata de la expropiación de inmuebles.

"7. La Nación no me ha indemnizado ni la más mínima parte del perjuicio que la ocupación de la zona ha ocasionado, como tampoco ha indemnizado a mis antecesores.

"8. La explotación de las minas de arena, de carbón y de la piedra de labor, existentes en la finca de que hace parte la zona, se hizo en partes muy dificultosa y en partes imposible con la construcción del camino, que dejó sin fácil comunicación las dos porciones en que la finca quedó dividida, y muchos de los trabajos de explotación obstruídos por los amontonamientos de tierra ocasionados por la construcción de la vía.

"9. La finca ya se halla atravesada por caminos que facilitaban su explotación y por un camino público que conducía a Choachí; circunstancias que ayudan a poner de patente el perjuicio que ha ocasionado la apertura del al que me vengo refiriendo.

"10. La Nación, con respecto a la zona materia de esta demanda, está en la misma condición de los poseedores violentos.

"11. La Nación hasta ahora no ha hecho entrega de la zona cuestionada, ni a mí ni a mis antecesores.

"12. Por medio de las escrituras públicas números 1218, de mil novecientos veintinueve; 38, de mil novecientos cinco; 764, de mil novecientos quince; 365, de mil novecientos quince, pasadas ante el Notario 3º de Bogotá, y las números 329, de mil novecientos ocho, de la Notaría 5ª de Bogotá; 12, de mil novecientos ocho, de la Notaría 1ª de Bogotá, y 1085, de mil ochocientos noventa y cuatro, de la Notaría 4ª de la misma ciudad, aparece que soy actualmente dueño del globo de tierra de que hace parte de la zona de tierra ocupada por el camino que de Bogotá conduce a Choachí, y que es objeto de esta demanda."

El señor Fiscal 1º del Tribunal, al contestar la demanda, se opuso a las declaraciones pedidas, negó unos hechos, dijo no constarle otros, y opuso la excepción de prescripción, tanto adquisitiva como extintiva.

Contra el fallo absolutorio del Tribunal se alzó el demandante, y estando ya surtidos los trámites propios del recurso, se procede a dictar el fallo de segundo grado.

Dice el Tribunal con todo acierto, lo que sigue:

"Bien sabido es que el éxito de toda acción reinvindicatoria depende del cumplimiento de dos condiciones esenciales, cuya demostración corresponde suministrar al demandante, obligado por la ley a probar los hechos en que funde sus acciones. Estas condiciones o requisitos son: que el demandante es dueño de la cosa que reivindica, y que el demandado la posee al tiempo de la demanda. La ausencia en el proceso de cualquiera de estos dos elementos de la acción, atrae su fracaso inevitable. Ocasiónalo la falta del primero, debido a que la acción reivindicatoria corresponde exclusivamente al dueño de lo reivindicado. Y del segundo, porque no hay derecho de reivindicar contra quien no sea verdadero poseedor. .. .. ..

"El demandante persigue la reivindicación de una faja de tierra destinada a camino público, la cual, según la inspección ocular en que tuvo ocasión de identificarse, arranca de un punto llamado antiguamente **La Aduanilla,** en la parte oriental de la ciudad, arriba del Paseo Bolívar, en las faldas del cerro de Guadalupe, en propiedad del señor Maldonado, sobre el camino conocido con el nombre de **Los Chiguanos,** que de Bogotá conduce a Choachí. La faja está dividida en dos secciones; la primera termina en el punto de la hoya denominada **Cañada u Hoya del Venado,** límite de las tierras del señor Maldonado con la Capellanía de Guadalupe; y la segunda empieza en la misma cañada, un poco más arriba de la anterior, y viene a terminar sobre el antiguo camino de **Los Chiguanos.** Las dos secciones tienen en total una longitud aproximada de doscientos cuarenta y cuatro metros, correspondiendo el mayor número de metros a la primera sección.

"Afirma el demandante en su demanda, y esta es una de las causas de la acción, que la faja de tierra descrita forma parte integrante de una finca de su propiedad, cuyos títulos acompaño al libelo. O mejor, que esa faja divide su propiedad en dos partes.

"De las escrituras públicas números 1085, de siete de noviembre de mil ochocientos ochenta y cuatro; 12, de once de enero de mil novecientos ocho; 329, de cinco de

mayo de mil novecientos ocho; 365, de diez y siete de abril de mil novecientos quince, y 38, de nueve de enero de mil novecientos veinticinco, aparece que Buenaventura Maldonado es dueño de un lote de tierra, situado en el punto de **La Aguanueva**, de esta ciudad, al oriente del Paseo Bolívar, que limita en determinada extensión con el camino de **Los Chiguanos** y con la Capellanía de Guadalupe. En la inspección ocular, practicada en el término de prueba, este lote de tierra se identificó por sus linderos al igual que la zona o camino materia de la reivindicación, encontrándose que el camino efectivamente está situado dentro del lote de tierra de Maldonado, cuyo dominio le pertenece, según los títulos exhibidos.

"Como quien es dueño del lote también lo es de cada una de sus partes, la conclusión de que a Maldonado pertenece la faja ocupada por el camino, no admite siquiera discusión. Con lo cual tenemos establecido el primer elemento de la acción reivindicatoria, esto es, que el demandante sea dueño de la cosa que intenta reivindicar."

En cuanto al hecho de la posesión por parte de la Nación del camino que se reivindica, no lo encuentra debidamente comprobado el Tribunal. Para llegar a esa conclusión, razona dicha entidad así:

"En los primeros hechos de la demanda el actor narra cómo la Nación ocupó la faja de tierra destinada hoy a camino público. Según él, durante la Administración del General Rafael Reyes, el Gobierno Nacional dispuso la construcción del camino que arranca de un punto situado arriba del Paseo Bolívar, en la parte oriental de esta ciudad, y que conduce al Municipio de Choachí, camino que constituye un ramal del **Camino del Humea;** para la construcción de este camino, el Gobierno ocupó de hecho la faja de tierra reclamada, que dividió el globo de tierra respectivo en dos porciones diferentes, por lo cual el valor de la finca sufrió un gran deprecio, debido a que la explotación de las minas de arena, carbón y piedra de labor se hizo muy dificultosa, y en ocasiones imposible, por las órdenes de los Agentes de la Nación, que han ocupado de hecho la zona, prohibiendo la extracción de piedra y arena y la ocupación de la vía con los materiales de las explotaciones próximas.

"Para comprobar la ocupación de hecho de la Nación sobre la faja discutida, se trajeron en la demanda los siguientes documentos: la copia de varios documentos, expedida por el Ministerio de Obras Públicas, visible de folios 36 a 47; la copia de unas actuaciones de la Alcaldía de Bogotá, expedida por la misma Oficina, y que figura a los folios 48 a 49; una nota original, dirigida a Buenaventura Maldonado por el Inspector 4º Municipal de Bogotá, visible a folio 50; copia expedida también en el Ministerio de Obras Públicas de un contrato celebrado en el año de mil novecientos dos, visible de folios 51 a 53; la escritura número 784, otorgada en la Notaría 2ª de esta ciudad el veintidós de abril de mil novecientos doce; el **Diario Oficial** número 12844, de doce de enero de mil novecientos siete, y por último, la copia de varias declaraciones de un dictamen pericial, tomado del juicio ordinario promovido contra la Nación por Juan N. Maldonado ante el Tribunal, para el cobro de unos perjuicios. Todos los folios citados corresponden al cuaderno principal.

"La primera copia citada comprende varios oficios del Ministerio de Obras Públicas o de ingenieros dependientes de ese Ministerio, referente a la apertura y conservación del camino del **Humea**, de Choachí a Los Llanos, y a la construcción de un variante en el camino de Bogotá a Choachí. Los únicos documentos de que da cuenta esa copia, y que ligeramente pueden hacer alusión al camino discutido son: el oficio de siete de febrero de mil novecientos ocho, dirigido al Ministerio de Obras Públicas por el ingeniero Ruperto Ferreira, folio 40, en que da cuenta, entre otras cosas diferentes en relación con este proceso, que el trazado del camino de Choachí, practicado por la respectiva Comisión técnica, empezó 'desde el empalme con el camino llamado de **Aguanueva**, y en una parte de su trayecto, en el ascenso, atendiéndose a las repetidas instancias con que pedían que no se dejara perder lo hecho por la Comisión, se principió por la tropa un corte o banqueo que aún existe, y en el cual puede verse la mayor pendiente con que se localizó el proyecto.' El acta de entrega de dos kilómetros de camino entre Bogotá y Choachí (kilómetros 1 y 2), folio 42, practicada el día primero de julio de mil novecientos ocho, mediante la cual el contratista del camino de Bogotá a Choachí, doctor Edmundo Cervantes, le entregó a un comisionado del Ministerio de Obras Públicas los dos primeros kilómetros, 'a partir de la cerca que divide los terrenos del Municipio de los de propiedad del señor Valentín Gutiérrez en el barrio de Egipto de esta ciudad, en dirección al Municipio de Choachí'; y, por último, el oficio número 223, que el Alcalde de Bogotá dirigió con fecha cuatro de febrero de mil novecientos veinte al Inspector 4º Municipal, en que después de transcribirle el oficio dirigido al mismo Alcalde por el Ministerio de Obras Públicas días antes, referente a unas quejas elevadas por el Alcalde y Presidente del Concejo Municipal de Choachí al Ministerio, de que en el camino que de Bogotá conduce a aquella población, se había establecido en la parte superior trabajos de explotación en las canteras de piedra y minas de arena, con lo cual con las piedras que arrojaban los obreros el camino se había hecho intransitable, siendo el causante de los daños ocasionados a los vivanderos que por allí transitaban, el señor Buenaventura Maldonado, dueño de las explotaciones; el Ministerio le pedía al Alcalde que por medio de la Policía tomara las medidas convenientes a evitar que ese estado de cosas se prolongara, en cuya virtud el Alcalde le ordena al Inspector mencionado tomar las providencias necesarias a fin de poner término al estado de cosas denunciado por el señor Ministro; el Inspector entonces, con fecha nueve de febrero de mil novecientos veinte, le notificó personalmente a Buenaventura Maldonado que previera a sus obreros o arrendatarios la prohibición terminante de arrojar piedras sobre la vía pública que de Bogotá conduce a Choachí.

"La copia de la Alcaldía de Bogotá contiene: una nota de la misma Alcaldía, de fecha siete de febrero de mil novecientos veinte, dirigida al Inspector 4º Municipal, en que aquel funcionario le comunica a éste, que a pesar de la notificación hecha a Buenaventura Maldonado, ha continuado explotando las canteras de piedra, cerca del camino de Guadalupe, con lo cual imposibilita el paso de los transeúntes y en consecuencia, le ordena que notifique nuevamente a Maldonado con los apremios del caso suspender los trabajos, procediendo inmediatamente a la reparación de la vía; el Inspector citó a Maldonado, y bajo una multa de cinco pesos ($ 5) le hizo las comunicaciones ordenadas por el Alcalde.

"Luégo viene la nota original dirigida a Buenaventura Maldonado por el Inspector 4º Municipal, señor Joaquín

Castro Herrán, marcada con el número 389, de fecha veintidós de abril de mil novecientos catorce, en que el Inspector le notificó a Maldonado que debe suspender la explotación de la cantera en los sitios en que pueda perjudicar el camino que va a Choachí.

"Los documentos anteriores no llevan la convicción cierta de que el camino aludido en todos ellos sea precisamente el ocupado por la faja de tierra reclamada; las primeras copias hablan de la construcción de una servidumbre en el camino de Bogotá a Choachí, y que la construcción de esa variante empezó en el empalme con el camino de **La Aguanueva**, pero de ahí está muy lejos de inferirse que ella ocupara tierras del señor Maldonado, y mucho menos que la zona reclamada corresponda a la ocupada por el Gobierno Nacional por medio de sus agentes en tiempos de la Administración del General Rafael Reyes. Las gestiones del Ministerio de Obras Públicas ante el Alcalde de Bogotá, y de que dan cuenta las diversas notas cuyo contenido acaba de relacionarse, aun cuando tienden a mantener expedito el tráfico por un camino que pasa por canteras de piedra y minas de arena en explotación, del señor Maldonado, lo cual podría servir de argumento para sostener la identidad de la zona en litigio con aquel camino, comoquiera que en la inspección ocular practicada en el término de prueba, quedó acreditado que abajo de dicha zona existen laboreos de arena, 'los cuales para su servicio tienen un camino independiente de la zona inspeccionada y cuatro bocas destinadas a la explotación de una mina de carbón situada también abajo de la zona en litigio, la cual está a una altura aproximada de las bocas de unos sesenta metros'; con todo, la identidad no deja de ser una simple conjetura, en virtud de que se ignora si aquellas explotaciones y laboreos son efectivamente las aludidas en los oficios del Ministerio de Obras Públicas y de la Alcaldía; pues las faldas de Guadalupe están llenas de minas de arena y canteras de piedra, y además, fuera del camino debatido existe otro, que conduce también a Choachí y que pasa por propiedades de Maldonado; este camino parece ser el denominado **Los Chiguanos.**

"Comprendiendo las anteriores deficiencias de la prueba, nacida de las copias examinadas, el actor acompañó las copias tomadas del juicio ordinario seguido contra la Nación por Juan N. Maldonado. En ellas se leen varias declaraciones importantísimas, como las de los señores doctor Benjamín Ferreira, Ignacio Mila, Ezequiel Gómez, General Edmundo Cervantes y doctores Enrique Ferreira y Germán D. Pardo, con las que fácilmente podría llegarse a establecer la identidad. Empero, estas declaraciones, para ser admisibles en este juicio, debían ser ratificadas por quienes las rindieron, lo que dejó de efectuarse debido a la muerte de la mayor parte de los declarantes. Y con el ánimo de abandonar sus testimonios o atemperándose a lo prescrito en el artículo 618 del Código Judicial, en el término de prueba adujo un buen número de declaraciones, tendientes a demostrar la muerte de los testigos nombrados y su veracidad y buena fama. Desgraciadamente olvidó que la ley civil exige pruebas especiales en orden a establecer la defunción de una persona, y que las declaraciones de testigos sólo tienen alcance de prueba supletoria, a falta de la prueba principal (artículo 395 del Código Civil); para abonar la declaración de un testigo fallecido, lo primero que incumbe probar es precisamente el hecho de su fallecimiento, con los documentos u otros elementos prefijados limitadamente en las disposiciones legales reguladoras de la materia. De consiguiente, como aquí legalmente dejó de probarse la muerte de los testigos que declararon en el juicio de Juan N. Maldonado, sería incorrecto tenerlos en cuenta.

"Los demás documentos acompañados a la demanda, como los contratos de folios 51 a 54 y 71 a 77, y el publicado en el **Diario Oficial**, ningún dato suministran. El primero y el último son contratos para la apertura de unos caminos, y el segundo es un contrato de indemnización."

Con el fin de subsanar el reparo formulado en la última parte de la transcripción a las declaraciones de testigos allí relacionados, se adujeron en esta segunda instancia las partidas de defunción de los señores Edmundo Cervantes, Benjamín Ferreira G., doctor Germán D. Pardo, Ignacio Mila y Mariano Herrera. Acreditada en esta forma la muerte de dichos testigos, es admisible el abono de sus testimonios en la forma establecida en el artículo 618 del Código Judicial, que regía cuando se produjo la prueba, abono que se llevó a cabo por medio de las declaraciones de los señores Pablo Peña, Miguel Peña, Segundo Avendaño, Hipólito Hernández, Aquilino Ruiz, Juan de Jesús Morales y Abraham Arenas, y con las certificaciones juradas de los Magistrados de esta Corte, doctores Juan C. Trujillo Arroyo y Julio Luzardo Fortoul.

Con los cinco testimonios antes mencionados, cuyo abono se efectuó en la forma dicha, se complementa la prueba de estar ocupando el camino a que se refiere la demanda, una zona de terreno de propiedad del demandante, de donde se concluye que la Nación está en posesión de la expresada vía, no sólo por tener ésta el carácter de vía pública, sino por haberla construído el Estado a sus expensas, según aparece de los testimonios ya dichos.

Añádase a esto que el señor Procurador, en su alegato de conclusión, dijo lo que sigue en orden al punto cuestionado:

"Es innegable que la Nación carece de títulos legítimos para la ocupación de la zona cuya reivindicación ha pedido el demandante. No se han encontrado en los archivos en donde debieran existir los documentos que comprueban la práctica de las diligencias para la adquisición voluntaria o forzada de esa faja. Ya en otra ocasión este Despacho había emitido el siguiente concepto:

'..... Nada tengo que objetar en cuanto al hecho cardinal de haber sido ocupada la propiedad sin previa indemnización de su valor y de los perjuicios consiguientes, y sin la práctica de las diligencias legales necesarias para que la Nación hubiese adquirido el dominio de la faja de terreno sobre la cual se construyó el camino de que se trata. Por consiguiente, estimo que es justa en el fondo la pretensión del demandante.....'

"Además, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de cuatro de febrero de mil novecientos veintitrés, acogió los siguientes motivos del Tribunal Superior:

'Puestas las cosas en este terreno, que es el verdadero, resulta que la Nación, mero ocupante de hecho, no tiene el dominio de la zona cuyo precio le exige el actor; que ese dominio permanece en la cabeza del demandante.... No se vaya a argüir que esto es autorizar el procedimiento incorrecto de los agentes de la Nación. Lo que sucede es que a aquel a quien se le arrebata un inmueble de hecho, no reconoce la ley acción para obligar a quien se lo

arrebató a que se lo compre; le reconoce sí la acción para obligarle a que se lo restituya.....'

"Como tales conceptos no han sido desvirtuados por la adquisición de nuevas pruebas, sería ilógico, inconducente e injusto, que so pretexto de defender los bienes de la Nación, fuera yo ahora contra la evidencia de los hechos, y pretendiera alegar en favor de ella un derecho para el cual no puede exhibir prueba ninguna. Así que si la honorable Corte encuentra que el derecho del demandante está plenamente comprobado, no me opongo a que la reivindicación se decrete en favor suyo."

Síguese de lo hasta aquí expuesto que es el caso de fallar en forma favorable al demandante la acción reivindicatoria por él ejercitada, y de ordenar, en consecuencia, la devolución de la zona de terreno demandada, con sus frutos. Para la restitución de esto debe tenerse en cuenta que la Nación carece de todo título para poseer, y que esta circunstancia excluye la buena fe en la posesión.

En lo que respecto a la indemnización que se demanda de los perjuicios ocasionados por la ocupación de la zona, se debe ante todo considerar la excepción de prescripción propuesta por el señor Fiscal del Tribunal, al contestar la demanda, y ratificada por el señor Procurador en su alegato de segunda instancia.

Este último funcionario invoca, en primer lugar, en cuanto al término de la prescripción, el artículo 2358 del Código Civil, conforme al cual, "las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa, que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal." Los términos de la disposición están indicando claramente que ella se refiere tan sólo a los perjuicios provenientes de delito o culpa que sean punibles conforme a la ley penal, y en los casos en que la acción correspondiente se ejercite contra las personas sujetas a pena, lo cual excluye los perjuicios que se demanden a la Nación en virtud de actos ejecutados por los agentes de ésta, desde luégo que la Nación no es susceptible de responsabilidad criminal.

No existiendo disposición alguna que establezca para el caso de que se trata un término especial de prescripción, debe ésta regirse por la regla general consagrada en el artículo 2536 del Código Civil, según la cual la acción ejecutiva se prescribe por diez años y la ordinaria por veinte.

Este término debe contarse, según lo enseña el inciso del artículo 2535 del mismo Código, desde que la obligación de indemnizar perjuicios se hizo exigible, o sea en el caso actual, a partir de la ejecución de los actos de perturbación en la posesión del demandante por parte de las autoridades nacionales o de los agentes de éstas, pues desde que tales actos se cumplieron, surgió para el actor el derecho de exigir la correspondiente indemnización.

Como los perjuicios que se demandan son los provenientes de la ocupación de la zona con el camino público, y como aparece que esta ocupación se ha realizado en un lapso mayor de veinte años, puesto que de los documentos auténticos acompañados en copia a la demanda, y de algunas de las declaraciones presentadas con la misma, y que han sido abonadas en la forma antes expresada, consta que desde el año de mil novecientos cinco se empezaron los trabajos de construcción de camino de que se viene hablando; y como, por otra parte, la interrupción de la prescripción tan sólo se efectuó veinticuatro años después por medio de la notificación que de la demanda se hizo al Fiscal del Tribunal el diez y ocho de noviembre de mil novecientos veintinueve, es preciso admitir que la acción para reclamar los perjuicios ocasionados al demandante con anterioridad al diez y ocho de noviembre de mil novecientos nueve (veinte años atrás), está prescrita, conforme a la regla antes expuesta, una vez que cuando se notificó la demanda habían transcurrido más de veinte años, a contar del día en que tales perjuicios fueron causados, y que pudo exigirse su indemnización.

A contrario sensu, la acción para exigir la indemnización de los perjuicios causados con posterioridad a la fecha últimamente citada (diez y ocho de noviembre de mil novecientos nueve) está vigente, por cuanto al notificarse la demanda no había corrido el plazo señalado por la ley para su prescripción.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, se procede a estudiar lo concerniente a la indemnización de los perjuicios ocasionados al demandante con posterioridad a la fecha que se deja mencionada.

Durante el término probatorio de la primera instancia, el Tribunal practicó, en asocio de dos peritos nombrados por las partes y de un tercero designado por el Tribunal, una inspección ocular en el predio del demandante a que pertenece la zona demandada. Los expresados peritos rindieron de común acuerdo el siguiente dictamen:

"**a)** Como aparece de la diligencia de inspección ocular celebrada el día cinco de abril, se estableció de manera muy clara que la zona del camino, motivo del litigio, está comprendida dentro del predio del demandante, según los linderos que éste tiene en la demanda y en los títulos de propiedad que obran en el expediente.

"**b)** En la misma diligencia de inspección ocular quedó plenamente establecido que la zona del camino divide el predio del demandante en dos porciones o secciones distintas, lo que dificulta los trabajos dirigidos a la explotación del predio. Sobre este punto creemos necesario dejar un fundamento, claro y nítido de nuestro concepto. El predio del señor Maldonado, en la parte adyacente a la zona, es muy rico en bancos de arena y en conformaciones de piedra, cuya explotación puede ser el principal negocio de la finca. La construcción de la zona del camino, materia del litigio, al dividir la finca en dos secciones distintas, hizo imposible la explotación de las minas de piedra y bancos de arena que se hallan en la parte adyacente a la zona del camino, tanto en la parte superior de la misma como en su parte inferior. Como la zona dividió la mina de piedra, su explotación se hizo imposible en la parte alta, porque la misma obra sufriría continuos daños e interrupciones, y los pasajeros de la vía se verían expuestos a los mayores peligros. La parte baja de la zona no la puede explotar el dueño sin perjudicar el camino mismo, porque precisamente, el banqueo o plataforma de la vía está descansando sobre la roca de piedra, que le sirve de cimiento y de sostén.

"La división del predio en dos secciones, por las razones expresadas, hace imposible la explotación de las minas de arena y piedra. Además, en cuanto a las minas de arena que no quedan inmediatamente continuas a la zona del camino, y quedan en la parte superior u oriental del mismo, aun cuando la extracción de la arena no

sufre ningún perjuicio, su conducción sí se hace mucho más demorada y costosa, porque no se puede aprovechar el declive del terreno para hacerla, rápida y fácilmente, por simple gravedad.

"c) La finca o predio general del señor Maldonado, que está situada al oriente de la ciudad, solamente puede tener dos aplicaciones para obtener rendimiento de él, a saber: la parte más baja u occidental, que forma los suburbios orientales de Bogotá, de la carrera primera hacia el Oriente hasta el Paseo Bolívar, entre calles doce y diez y seis, está destinada a habitaciones para gentes pobres y refugio de individuos de la peor condición, quienes han hecho célebre esa parte de la ciudad. Aun cuando el número de arrendatarios no es reducido, su clase, condición y cumplimiento, no hacen envidiable ni provechosa esa especie de negocio, ni muchísimo menos puede pensarse que sea esa la principal y mejor producción de la finca del señor Maldonado.

"Indudablemente, lo que puede y debe dar un magnífico rendimiento es la explotación de las minas de carbón, arena y piedra, que están dentro de la finca del demandante, y especialmente la abundancia y buena calidad de la piedra y arena pueden formar un renglón de explotación que dé magníficos resultados.

"d) Este punto lo consideramos casi completamente contestado en el punto b) del interrogatorio a que este concepto se refiere. Pero debemos repetir que la división del predio por la zona del camino ha dificultado la explotación de las minas de arena y piedra dentro del predio del demandante, y en cuanto a los bancos de arena y formaciones de piedra, que existen inmediatos o adyacentes a la zona, es imposible explotarlos, porque la zona quedaría obstruída con frecuencia, expuesta la vida de los transeúntes, y la base o plataforma se derrumbaría perdiendo su cimiento y sostén.

"e) En nuestro sentir, la construcción de la zona o camino de que venimos hablando, propiamente no ha venido a traer como consecuencia la difícil comunicación de los dos sectores en que la dividió. Lo que sí ha producido en forma innegable y evidente, es la demorada o costosa conducción de la arena y piedra, porque la situación del terreno no puede aprovecharse para hacer la conducción por simple gravedad, sino que es indispensable valerse de la fuerza animal, lo que indudablemente representa un mayor costo y un tiempo mayor en la conducción de la unidad en la piedra y en la arena.

"f) De conformidad con lo expresado en la diligencia de inspección ocular, la zona del camino está dividida en dos secciones: una que arranca del lugar conocido con el nombre de **La Aduanilla**, dentro de la propiedad del demandante, en la confluencia con el camino llamado de **Los Chiguanos**, y termina en la hoya o cañada de **El Venado**, límite con la propiedad de la Capellanía de Guadalupe, en una extensión de 532 metros lineales de larga por 4 de ancha. La segunda sección comienza en la misma hoya o cañada de **El Venado**, en un punto más arriba de la terminación de la primera sección, y termina sobre el antiguo camino de **Los Chiguanos**, lindando con propiedad de la Capellanía de Guadalupe, en una extensión de 112 metros lineales, por cuatro de ancho. Para dar una idea de la situación de la zona, lo mismo que de los arenales y cantera, acompañamos a este concepto un croquis, en que pueden apreciarse los puntos tratados en este dictamen.

"Punto 2º En la imposibilidad de partir de una base que nos permita emitir concepto sobre la cuestión planteada en este punto, nos remitimos a las consideraciones que expresaremos en el punto siguiente, acerca de los productos o frutos naturales de la finca que consideramos y avaluamos desde el punto de vista del perjuicio sufrido por el demandante. Respecto a frutos civiles, o sea a cánones de arrendamiento, hacemos la misma consideración, con la advertencia que consideramos que si se trata de frutos civiles de la zona simplemente, es decir, considerada como extensión superficiaria, éstos no existen, pues la zona solamente podría arrendarse con los terrenos adyacentes a la explotación de las minas de arena y piedra, productos que consideramos en el punto siguiente.

"3º Como ya dijimos anteriormente, la extensión total de la zona que ocupa el camino, dentro del predio del demandante, es de 644 metros lineales de largo, por cuatro de anchura, lo que da un total de 2,576 metros cuadrados, o sean 3,220 varas cuadradas, que estimamos a razón de diez centavos, o sea en la suma de trescientos veintidós pesos ($ 322) moneda corriente. Esta fijación la hacemos teniendo en cuenta la situación del terreno, el precio comercial de terrenos análogos y de situación equivalente.

"En cuanto a los perjuicios ocasionados al demandante con la ocupación de dicha zona y la construcción del camino, emitimos nuestro concepto así:

"Al hacerse una estimación de los perjuicios sufridos, es preciso tener en cuenta los bienes de que queda privado el demandante, para saber a cuánto monta el daño emergente, y deducir, desde la época en que se verificó la construcción y ocupación de la zona, el consiguiente lucro cesante.

"Si bien es cierto que la zona, como se dijo antes, tiene un total de 644 metros lineales de extensión, con todo no es este solo el terreno perdido para el dueño del predio, porque, por lo que pudimos observar, por la calidad del terreno, por la formación de bancos de arena adyacentes a la zona del camino de que se trata, por las formaciones de piedra y roca que existen en las mismas condiciones, por lo que nos consta en virtud de un examen detenido y minucioso que hemos hecho del terreno, en nuestro sentir, al dueño del predio a lo largo de la zona del tan mentado camino, le ha quedado perdida una extensión no menor de 80 metros hacia arriba, ni menor de 20 hacia abajo, lo que vale decir que le ha quedado perdida una faja de terreno de 100 metros de ancha por 644 de larga. De tal área consideramos que no menos de un diez por ciento es convertible en magnífica piedra de labor, y en cuanto a la arena, aun cuando ésta pueda afirmarse que existe en un porcentaje equivalente a un cuarenta por ciento, para fijar el perjuicio puede decirse también que es aprovechable por lo menos un diez por ciento, lo que nos da, consecuencialmente, 6,440 metros cúbicos de piedra y otros tantos de arena de labor de magnífica calidad.

"Por los conocimientos que tenemos, por lo que hemos podido averiguar, confirmar e ilustrarnos sobre el particular, sabemos y nos consta que de cada cuatro metros cúbicos de piedra se obtiene un ciento de piedras de labor; que generalmente deja una utilidad mínima de dos pesos por cada ciento, lo que equivale a decir, dentro del cálculo anterior, que en el terreno perjudicado por la construcción el demandante ha podido extraer 161,000

piedras, que le darían una utilidad neta de tres mil doscientos veinte pesos moneda legal ($ 3,200). La arena, sobre el mismo cálculo, equivaldría a 6,440 metros cúbicos, que a razón de dos pesos de utilidad por metro, da un total de doce mil ochocientos ochenta pesos ($ 12,880). Consecuencialmente estimamos el daño emergente en la suma total de $ 16,100. El lucro cesante equivale a los intereses legales de la suma anterior desde el año de mil novecientos cinco, en que fue ocupada la zona y construído el camino en cuestión, a medida que se iban produciendo.

"En los términos anteriores dejamos rendido el dictamen pericial que nos ha sido solicitado."

Los peritos, al hacer la apreciación de los perjuicios, computan el daño emergente y el lucro cesante. Consideran como daño emergente el total de la utilidad que el dueño de la zona hubiera podido alcanzar con la explotación de las canteras y minas de arena, si no se lo hubiera impedido la existencia de la vía pública; y como lucro cesante, los intereses legales de la cantidad en que fijan dicha ganancia, desde el año de mil novecientos cinco en que fue ocupada la zona por el Gobierno, y "a medida que se iban produciendo."

No encuentra la Corte suficientemente fundado el dictamen en lo relativo a la cantidad de piedra de labor y arena que los peritos estiman hubiera podido el demandante extraer de la zona que consideran quedó inutilizada o inexplotable con la construcción del camino, así como tampoco en lo referente a la extensión de la expresada zona; pues de una parte no consta que los peritos tengan conocimientos especiales en geología o minería, que les permita dictaminar acertadamente acerca de la formación y composición del subsuelo, y de otra, no aparece que hubieran hecho sobre el terreno de que se trata experimentos o estudios científicos que los pusieran en capacidad de llevar fundadamente a las conclusiones que exponen en su dictamen. Ni siquiera afirman haber hecho o dirigido explotaciones de la misma naturaleza en terrenos similares, o es posible que sin conocimientos técnicos se pueda formar un juicio exacto sobre la calidad de la piedra, sobre la proporción entre la arena y la cantera, la profundidad y extensión de las vetas, el costo de la explotación, la utilidad que ésta produce, etc.

Tampoco aparece fundada la fijación de una utilidad invariable de dos pesos por cada cien piedras de labor extraídas y por cada metro de arena en las diferentes épocas, comprendidas en el largo transcurso de tiempo en que se aprecian los perjuicios, dado que el valor de estas materias fluctúa bastante en razón del precio de los jornales y de la oferta y demanda que haya de ellas. Ahora, si los peritos refieren su apreciación a una época determinada, han debido expresar a cuál y porqué razón.

En lo que más resalta la falta de fundamento del dictamen, es en haber estimado por perjuicio el valor íntegro de la utilidad que hubiera producido la explotación de las minas de arena y piedra, más los intereses legales de dicha utilidad, como si con la ocupación de la zona y la construcción del camino se hubieran destruído totalmente las canteras y depósitos de arena, o se imposibilitara la explotación, una vez vuelta la zona a poder del demandante por virtud de la reivindicación. No habiéndose acreditado que la Nación haya menoscabado los yacimientos de arena y piedra, y pudiendo éstos utilizarse por el demandante en cualquier tiempo, los perjuicios resultantes de la construcción de la vía y ocupación de la zona, no pueden ser otros que los provenientes del retardo en la explotación de los expresados yacimientos durante el tiempo de la ocupación de la zona con el camino público y en la extensión en que dicha ocupación impidió la explotación.

Las consideraciones precedentes llevan a la Corte a estimar no probada legalmente la cuantía de los perjuicios que se demandan, y a hacer en forma abstracta la condenación a la indemnización de éstos, sentando tan sólo las bases, con arreglo a las cuales deba hacerse la siguiente regulación.

Por 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 recurrida, y en cambio hace estas declaraciones:

Primera. Pertenece en dominio al señor Buenaventura Maldonado o a su sucesión, una zona de terreno que ha ocupado y ocupa de hecho el Gobierno con el camino público que de Bogotá conduce a Choachí, y cuyos linderos son: por dos costados, con terrenos de propiedad del demandante; por el pie, con el camino viejo que de Bogotá conduce a Choachí, conocido con el nombre de **Camino de los Chiguanos,** y por la cabecera, con terrenos de propiedad de la Capellanía de Nuestra Señora de Guadalupe.

Segunda. La Nación, una vez ejecutoriado este fallo, debe entregar real y materialmente al señor Buenaventura Maldonado o a sus sucesores legítimos la zona expresada, por los linderos que se dejan relacionados, con sus frutos naturales y civiles, producidos o que hubieran podido producir en poder del demandante, desde la ocupación de la zona, efectuada en el año de mil novecientos cinco.

Tercera. La Nación está obligada a indemnizar al mismo Maldonado o a sus legítimos sucesores, los perjuicios causados por la ocupación de la preindicada zona con el camino público que de Bogotá conduce al Municipio de Choachí, a contar del día diez y ocho de noviembre de mil novecientos nueve, perjuicios que, de acuerdo con lo dicho con la parte motiva de este fallo, no son otros que los provenientes del retardo en la explotación de los yacimientos de piedra y arena existentes en el predio del demandante, durante el tiempo de la ocupación de la zona con el camino público y en la extensión en que dicha ocupación impidió la explotación. La regulación de estos perjuicios se efectuará de acuerdo con la ley.

Cuarta. Declárase prescrita la acción para demandar los perjuicios causados con anterioridad a la fecha citada en el ordinal precedente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en el órgano de la Corte. Devuélvase el proceso.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, abril ocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El doctor Pastor Prieto, por medio de apoderado, que lo es el doctor Miguel Antonio Rojas, por escrito de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos treinta, demanda a la Nación para que se le decrete la pensión a

que se cree con derecho por sus servicios prestados en el Poder Judicial, en un tiempo mayor de treinta años.

Apoya su solicitud en las disposiciones de las Leyes 80 de 1916, 72 de 1917, 102 de 1927 y 116 de 1928.

El señor Procurador General de la Nación, en su vista de fondo, dice lo siguiente, que la Corte reproduce por encontrarlo fundado:

"De los documentos presentados por el solicitante se deduce lo siguiente:

"Que ha comprobado completamente, a mi juicio, que fue nombrado para los siguientes empleos, y que de ellos se posesionó y los desempeñó: Juez 2º del Circuito de Yarumal, de mil ochocientos noventa y nueve a mil novecientos uno, o sea dos años; Juez 1º en lo Criminal del Circuito de Medellín, de mil novecientos tres a mil novecientos cinco, o sean dos años, y de mil novecientos nueve a mil novecientos treinta y uno, menos el año de mil novecientos veinticuatro, en que desempeñó el puesto de Magistrado del Tribunal Superior, o sean veintiún años; Magistrado del Tribunal Superior de mil novecientos veinticuatro a mil novecientos veinticinco, o sea un año. Es decir, un total de veintiséis años de ejercicio bien probado."

Encuentra el señor Procurador que no comprobó el doctor Prieto el cargo de Juez Municipal de Medellín, el de Juez 2º del Circuito de Yarumal en mil ochocientos noventa y uno, y que lo mismo ocurre en cuanto al dicho puesto en mil ochocientos noventa y cinco; que del año de mil novecientos cinco a mil novecientos nueve sólo aparecen los decretos de nombramiento para este período, y que no hay constancia del ejercicio del empleo de Juez 1º en lo Criminal del Circuito de Medellín durante esa época.

Si se examina el expediente con detención, se encuentra, a folio 2 vuelto, la siguente constancia:

"El suscrito Alcalde de Yarumal

"certifica

"Que examinados los libros correspondientes aparece que el señor Pastor Prieto ejerció el cargo de Juez 2º del Circuito de Yarumal, desde el primero de marzo de mil ochocientos noventa y uno, hasta el mes de octubre de mil novecientos dos, en que se retiró, y fue reemplazado por el doctor Avelino Gómez, conforme a las diligencias de posesión de que se le ha dado copia."

Según este certificado, aparece que el peticionario sirvió por once años el cargo de Juez de Yarumal; descontados los dos años ya computados de mil ochocientos noventa y nueve a mil novecientos uno, da un tiempo de nueve años de servicio que, agregados a los veintiséis ya comprobados, suman un total de treinta y cinco años de servicio, con lo que se cumple lo que la Ley 29 de 1905 exige para tener derecho al reconocimiento de la pensión.

Resta averiguar las demás condiciones que el artículo 5º de la Ley 116 de 1928 exige, y que son:

"Carecer de medios de subsistencia; haber observado buena conducta el solicitante; haber llegado el Magistrado o Juez a la edad de sesenta años, aunque en ese momento no ejerza cargo judicial alguno."

Los señores Amador Gómez, Luis Arango F., Patricio González, Carlos Piedrahita, José Arango Trujillo, Agustín Muñoz T. y Francisco Peláez declaran ante el Juez 1º del Circuito de Medellín, y con intervención del Agente del Ministerio Público, que el señor Prieto ejerció sus destinos con honradez y consagración; que ha observado buena conducta en todo sentido; que el citado señor Prieto carece de medios de subsistencia, y que en la actualidad no goza de sueldo, renta ni pensión.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Sección de Contabilidad y Presupuesto, certifica:

"Que el señor Pastor Prieto no es ni ha sido pensionado por el Tesoro Nacional."

Con el certificado del señor Cura párroco de la catedral de Medellín se comprueba que el peticionario es mayor de sesenta años, según consta de la partida de bautismo.

Acerca de la cuantía de la pensión solicitada por servicios en el ramo Judicial, debe observarse que aunque el peticionario desempeñó el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, no llenó la condición de haberlo servido por un período completo. De manera que la disposición aplicable en el presente caso es la del artículo 3º de la Ley 12 de 1907, que fija como pensión a los Jueces Superiores y de Circuito la suma de cincuenta pesos.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del señor doctor Pastor Prieto y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión mensual de cincuenta pesos, de la cual gozará desde el diez y nueve de febrero proximo pasado, fecha en que se completó la documentación respectiva, y siempre que el peticionario no incurra en alguna o algunas de las causales que aparejan, según la ley, la pérdida o suspensión de la gracia decretada.

Publíquese, notifíquese y cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial**, envíese compulsa auténtica de esta providencia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, y oportunamente archívese el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

(Volumen 3º)

Extractada, compilada y anotada por

FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

Años de 1919-1926, inclusive.

Esta importante obra de más de mil páginas, precedida de una nota sobre **Tecnicismo jurídico** y seguida de una lista de las disposiciones que han sido declaradas inexequibles por la Corte Suprema desde 1919 hasta 1928, está a la venta en la Imprenta Nacional a $ 5-50 el ejemplar en rústica.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XL | Bogotá, abril 30 de 1934. | Número 1887

Director, FERNANDO GARAVITO A.
Relator de la Corte.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de única instancia—Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En libelo de fecha siete de junio de mil novecientos treinta y dos, dirigido a los señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil de única instancia), el señor doctor don Miguel Arteaga H., en su carácter de apoderado judicial, por sustitución, de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, formuló las siguientes peticiones:

"..... demando a la Nación, o sea a la República de Colombia, representada ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de única instancia, por el señor Procurador General de la República, para que mediante los trámites de un juicio civil ordinario de única instancia, se declare por sentencia definitiva lo siguiente:

"Primero. Que conforme al contrato elevado a escritura pública en Bucaramanga el diez y seis (16) de septiembre de mil ochocientos noventa y tres (1893), la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta está exenta de toda contribución nacional, y los efectos y pasajeros que transiten por el Ferrocarril no pueden ser gravados con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía.

"Segundo. Que consecuencialmente son nulas las Resoluciones números treinta y siete (37), del veintisiete de mayo de mil novecientos treinta y uno (1931), y número ciento cuatro (104), del ocho de septiembre del mismo año, ambas proferidas por la Dirección General de Rentas Nacionales, y que, por tanto, se ordene devolver a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta todas las sumas pagadas por ella indebidamente."

Como hechos básicos de esta acción, el doctor Arteaga H. declaró estos:

"Con fecha diez y siete de abril de mil ochocientos noventa y tres, la Compañía en cuyo nombre hablo, celebró con el Gobierno Nacional, representado por el Gobernador del Departamento de Santander, un contrato de privilegio para la construcción y explotación de un ferrocarril que, partiendo del Municipio de San José de Cúcuta, fuera a terminar a la orilla meridional del río Táchira, y que es el conocido con el nombre de 'Ferrocarril de la Frontera.' El referido contrato, después de ser aprobado por el Presidente de la República y su Ministro de Fomento, con fecha treinta y uno de mayo de mil ochocientos noventa y tres, fue elevado a escritura pública bajo el número 697, con fecha diez y seis de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, en la Notaría 1ª del Circuito de Bucaramanga.

"En el artículo 7º del referido contrato, el Gobierno hizo a la Compañía, entre otras, la siguiente concesión:

'Exención de toda contribución nacional, departamental y municipal, como de cualquier otro género, del impuesto fluvial y de empréstitos forzosos, exacciones y contribuciones de guerra. Tampoco podrán ser **gravados los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía.**' (Subrayo).

"La Ley 106 de 1927, ratificada por la Ley 89 de 1928, estableció un impuesto de pasajes sobre las empresas de transportes, el cual ha pretendido hacerse efectivo sobre el Ferrocarril de Cúcuta, no obstante la exención transcrita.

"La Compañía, en un principio, satisfizo el impuesto, pero después, a causa de exigencias gravosas del Jefe de impuestos nacionales de Cúcuta, pidió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en memorial fechado en marzo de mil novecientos treinta y uno, que se declarara a los pasajeros que transiten por sus líneas, eximidos de pagar impuesto de pasajes, en virtud de la concesión antes transcrita.

"El Ministerio pasó el asunto a la Dirección General de Rentas Nacionales, la cual profirió una resolución con fecha 21 de abril de 1931, en que declaró que la Compañía no tiene obligación de pagar impuesto especial por razón del transporte de pasajeros.

"Dicha providencia se ejecutorió, y no obstante ello, la Dirección General de Rentas Nacionales profirió de oficio la Resolución número 37, de 27 de mayo de 1931, que no fue publicada en el **Diario Oficial**, y por la cual se revoca la providencia de fecha veintiuno de abril de mil novecientos treinta y uno antes mencionada, y en su lugar dispone que la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta está obligada a sufragar el impuesto de pasajes en la misma forma en que lo venía sufragando con anterioridad a la Resolución de 21 de abril ya citada.

"El Presidente del Ferrocarril, tan luégo como se le notificó esa providencia, pidió se revocara, y en subsidio apeló.

"La Dirección General de Rentas Nacionales dispuso, en Resolución número 104, de fecha 8 de septiembre de 1931, que tampoco fue publicada en el **Diario Oficial**, que la Resolución número 37 del 27 de mayo de 1931 no se revoca, si bien no obliga a la Compañía sino desde la fecha de su notificación en adelante.

"Por tales motivos, la Compañía del Ferrocarril promovió demanda ante el honorable Consejo de Estado

para que, mediante los trámites de lo Contencioso Administrativo, se declararan nulas las Resoluciones anteriormente mencionadas, números 37 y 104; para que se suspendieran y dejaran de producir efectos, y para que se ordenara devolver las sumas que la Compañía hubiere tenido que pagar a consecuencia de las Resoluciones mencionadas.

"Como las nulidades solicitadas se originaban en un contrato celebrado por la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta con el Gobierno Nacional, representado por el Gobernador del Departamento de Santander, y de acuerdo con jurisprudencia constante del Consejo de Estado, según la cual, de dichos litigios corresponde conocer a la honorable Corte Suprema de Justicia, hoy a la Sala Civil de única instancia de dicha Corte, en virtud de lo dispuesto por el actual Código Judicial (artículo 40, Ley 105 de 1931), se pidió por la Compañía que el Consejo de Estado promoviera competencia negativa a la Corte Suprema, y hecho así, la honorable Corte, en providencia de fecha diez y seis de junio último cedió en la competencia promovida 'con la advertencia de que el interesado deberá promover ante esta corporación la acción que estime del caso, en la forma ya dicha.'

"En la forma ya dicha la expuso así la Corte en el fallo:

'Según criterio de la Corte, aquellas controversias cuyo conocimiento está atribuído a esta Sala Civil de única instancia, no dicen relación a la nulidad de las resoluciones ministeriales ni a la suspensión de sus efectos en la forma en que se establecen ante los Tribunales Contencioso Administrativos; pues es preciso para que la Corte pueda conocer de ellos, que se instaure la acción civil correspondiente, de acuerdo con las normas del procedimiento judicial.'

. . . . . .

"La demanda se funda en los siguientes

"Hechos.

"1º En el contrato celebrado entre el Gobierno y la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, elevado a escritura pública bajo el número 967, otorgada el diez y seis de septiembre de mil ochocientos noventa y tres ante el Notario 1º de Bucaramanga, el Gobierno hizo a la Compañía, en el artículo 7º, entre otras, la siguiente concesión:

'Tampoco podrán ser gravados los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía.'

"2º No obstante cualquiera disposición legal posterior en contrario, mientras subsistiera aquella concesión contractual, no es posible desconocer el derecho que dicha concesión otorgaba a la Compañía; pues como dijo el Abogado Consultor de la Presidencia de la República, doctor Latorre U., en concepto rendido a principios del año de mil novecientos treinta y uno:

'Las leyes de carácter político, fiscal, etc., no son ni pueden estimarse como cláusulas o estipulaciones contractuales, a menos que se trate de contrato con la misma entidad que tiene derecho al impuesto, y que por convención expresa lo rebaje. En este caso de rebaja expresa, ésta sigue rigiendo a pesar de una nueva ley, no porque la ley fiscal anterior se entienda incorporada en el contrato, sino por la estipulación expresa acordada por quien tiene derecho al impuesto, y consiguientemente a cobrarlo o rebajarlo, y elevó la rebaja a la categoría de cláusula contractual.'

"3º Por lo dicho, el impuesto de pasajes establecido sobre las empresas de transportes, según la Ley 106 de 1927, ratificada por la Ley 89 de 1928, no puede aplicarse a las líneas del Ferrocarril de Cúcuta mientras subsista la exención a que se refiere el hecho 1º; exención que está actualmente en todo su vigor, pues tal cláusula contractual no ha dejado de existir por medio legal alguno. De suerte que al gravar al Ferrocarril de Cúcuta con el impuesto de pasajes en cuestión, se violaron las estipulaciones bilaterales del contrato de privilegio.

"4º Como las Resoluciones cuya nulidad e insubsistencia se pide en esta demanda gravaron el Ferrocarril de Cúcuta con el impuesto de pasajes en cuestión, dichas Resoluciones violaron las estipulaciones bilaterales del contrato de privilegio, y en consecuencia, son lesivas de derechos civiles de la Compañía, y no pueden subsistir.

"5º Por tanto, las sumas que la Compañía hubiere tenido que pagar por motivo de dichas Resoluciones, son cantidades no debidas, y que han de ordenarse en la sentencia que se devuelvan por quien corresponda.

"6º La Resolución o auto del veintiuno de abril de mil novecientos treinta y uno, de la Dirección General de Rentas Nacionales, en que se declaró que la Compañía no tiene obligación de pagar el impuesto especial por razón del transporte de pasajeros, se ejecutorió sin objeción, y, no obstante, la misma Dirección General, de oficio, en la Resolución número 37, de 27 de mayo de 1931, la revocó.

"Tal procedimiento es lesivo de derechos civiles, pues como dijo la Corte Suprema en sentencia del treinta de junio de mil novecientos veintitrés:

'Si el Gobierno, a petición del contratista, interpreta un contrato de modo favorable a una de las partes contratantes, una vez ejecutoriada esta Resolución no puede después revocarla, alegando que el asunto es litigioso, y que la interpretación administrativa puede afectar los intereses de la Nación o del particular contratante.'"

Los fundamentos de derecho los saca el actor de los artículos 1602, 1603, 1652, 1740 y 1745 del Código Civil; 38 de la Ley 153 de 1887; 1º y concordantes de la Ley 43 de 1931, y 40, 734, 736 y concordantes del Código Judicial.

Admitida la demanda y corrido el traslado respectivo al señor Procurador General de la Nación, este funcionario, después de comentar las razones jurídicas de la demanda, concluye admitiendo el hecho primero, pero negando la interpretación que se le quiere dar para las consecuencias de este litigio, y oponiéndose a consentir en los demás hechos; alegó o propuso las excepciones perentorias de carencia de acción de la Compañía demandante y la de petición de modo indebido.

Establecidos de esta manera los fundamentos de la controversia, se abrió a pruebas el juicio; recibidas o tenidas por tales las ya presentadas con la demanda y allegados los alegatos de conclusión, previa la citación para sentencia, y por cuanto no se advierte en los autos ninguna causal de nulidad que los invalide y que deba previamente declararse, se pasa a dictar la sentencia que corresponda a los hechos probados y al derecho que en ellos quiere sustentarse, teniendo en cuenta:

Primero. Con las copias auténticas de los respectivos documentos públicos aducidos por el actor, está legal-

mente probada la existencia del contrato sobre construcción del ferrocarril, contrato que contiene la estipulación sobre las exenciones a que la Compañía demandante se acoge. También aparecen en los autos las resoluciones de la Dirección General de Rentas Nacionales, cuyo contenido jurídico tacha el actor de violatorio de los derechos nacidos del contrato. En estas circunstancias, la cuestión queda reducida a señalar la verdadera interpretación de la estipulación citada, que a la letra dice:

"Artículo 7º El Gobierno hace a la Compañía las siguientes concesiones:

. . . . . .

"7ª Exención de toda contribución nacional, departamental y municipal, como de cualquier otro género; del impuesto fluvial y de empréstitos forzosos, exacciones y contribuciones de guerra. Tampoco podrán ser gravados los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía. No quedan comprendidas en esta exención las rentas de degüello y aguardientes que tengan establecidas el Gobierno Nacional, el del Departamento o los Municipios. . . . . ."

La Compañía demandante considera que a esta exención se opone la disposición del ordinal 1º del artículo 1º de la Ley 106 de 1927, que reza:

"Artículo 1º Establécese un impuesto sobre los pagos que se hagan por compra de tiquetes o en otra forma, a los empresarios de transporte, impuesto que recaerá:

"1º Sobre toda persona que viaje dentro del país o en sus aguas territoriales, por ferrocarril, buque, automóvil, aeroplano o cualquier otro medio de transporte, alquilado regularmente para el acarreo de pasajeros, con excepción de los tranvías u otros vehículos que funcionen exclusivamente dentro de una ciudad y en sus inmediatos alrededores."

La Compañía actora interpreta el contrato y la ley de esta manera, según lo expone su apoderado:

"Entre las concesiones hechas por el Gobierno a la Compañía está la de que los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril no pueden ser gravados con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía. Dicha estipulación contractual no puede ser vulnerada por una ley posterior, conforme se expuso en el hecho 2º del libelo. Por tanto, el artículo 1º de la Ley 106 de 1927, que estableció un impuesto especial sobre toda persona que viaje dentro del país por ferrocarril, etc., es un impuesto que no puede hacerse efectivo sobre los pasajeros que transiten en el Ferrocarril de Cúcuta, porque de otra manera se violaría el contrato celebrado con el Gobierno. Por tanto, las resoluciones de la Dirección General de Rentas Nacionales que declararon lo contrario, son nulas, y en consecuencia debe ordenarse devolver a la Compañía todas las sumas pagadas por ella indebidamente."

A las observaciones hechas por el señor Procurador General de la Nación en la contestación de la demanda, y de las cuales se hablará luégo, dicho apoderado contesta:

"A dichas observaciones contesto en la siguiente forma:

"Es cierto que el impuesto de pasajes no recae inmediatamente sobre las empresas de transportes sino sobre los pasajeros que ellas movilizan; pero ello no obsta para que tales pasajeros, de acuerdo con el contrato celebrado entre el Gobierno y la Compañía, queden exentos en cuanto se trate de transporte por el Ferrocarril de Cúcuta de toda contribución o impuesto especial, durante el tránsito por la vía, porque así lo dice expresamente el ordinal 7º del contrato vigente.

"Dije que el impuesto no recaía inmediatamente sobre la Empresa sino sobre los pasajeros, pero en forma indirecta tal impuesto sí puede perjudicar a la Empresa, pues por la elevación del precio del transporte, ya que a la tarifa ordinaria y anterior se agrega el impuesto, muchas personas transitarán con menos frecuencia, o adoptarán otra forma de transporte. De aquí el interés que tiene una empresa, aunque sobre ella directamente no recaiga el impuesto, para procurarse por medio de contratos y concesiones que se exima a sus pasajeros y a los efectos de contribuciones o impuestos que en forma indirecta vienen a perjudicar a la empresa.

"Lograda tal exención por parte del Gobierno Nacional, y subsistiendo el contrato, no es posible que una ley posterior venga a desconocer aquel pacto y hacerlo nugatorio con el establecimiento de un nuevo impuesto de pasajes que se haga efectivo sobre las personas que hagan uso de la empresa que obtuvo la exención.

"Si en el contrato se estableció que los pasajeros que transitaran por el ferrocarril de Cúcuta no podían ser gravados con contribuciones o impuestos especiales, ello vino a ser un derecho para la Compañía, aunque el impuesto lo pague el pasajero y no la Empresa; por tanto, si una ley posterior estableció un impuesto sobre pasajeros, tal impuesto no puede aplicarse al Ferrocarril de Cúcuta, y si de hecho se aplica y se hace efectivo, es en contra de la convención celebrada con la Compañía, y por eso sería tal Compañía la que podía intentar la acción correspondiente contra la Nación, y no los pasajeros, pues ellos no han celebrado contrato con el Gobierno que los exima del pago del impuesto. Que una vez que a la Compañía se le devuelva lo pagado indebidamente, los pasajeros tengan o no acción contra dicha Compañía para la restitución de lo pagado por impuesto, es un asunto extraño al actual litigio, y que en nada disminuye el derecho de la Compañía para promover la presente acción, pues ella fue la que celebró el contrato con el Gobierno. Lo expuesto responde a la observación del señor Procurador General sobre carencia de acción civil en la Empresa demandante para pedir el reintegro que solicita.

"II

"Agrega el señor Procurador:

'Observo, además, que la Ley 106 de 1927, que autoriza el cobro de ese impuesto, tiene un carácter general para todos los colombianos y extranjeros que viajen por los vehículos enunciados por la ley, y que la estipulación contenida en la cláusula séptima del contrato de privilegio contenido en la escritura número 697, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Bucaramanga el diez y seis de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, se refiere expresamente a contribuciones o impuestos especiales sobre los efectos y pasajeros que hagan uso del ferrocarril, durante el tránsito por esa vía.'

"A dicha observación del señor Procurador, contesto:

"En el **Diccionario de Legislación**, por E. Codet, en el epígrafe **contribuciones**, se lee:

'Antes de 1789 los impuestos no pesaban sobre todos los habitantes. Uno de los primeros actos de la Asamblea Constituyente fue destruír dicha desigualdad, y proclamar que en lo futuro todos los ciudadanos, sin excepción, quedarían sometidos a los impuestos de la misma manera y en la misma forma.'

"Dicho principio, que es el mismo aceptado en nuestro Derecho Constitucional, nos enseña que los impuestos son siempre generales en el sentido de que gravan, o a los consumidores de ciertas especies indirectamente, o directa y nominativamente a los que ejerzan determinados actos. Los primeros se llaman **impuestos indirectos**, y los segundos, **impuestos directos**, pero unos y otros son generales.

"En un sentido menos propio podría llamarse al impuesto indirecto, **general**, y al impuesto directo **especial**, y en este sentido debe entenderse el ordinal 7° del artículo 7° del contrato, cuando dijo:

'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 manera como debe entenderse tal estipulación, para que no resulte constitucionalmente inaceptable, es que si una ley estableciera un impuesto directo o especial sobre los pasajeros que transiten en ferrocarril (**no en determinado ferrocarril**), tal impuesto no puede hacerse efectivo sobre los efectos y pasajeros que transitaren por el ferrocarril de Cúcuta, en virtud de la exención contractual.

. . . . . .

"Antes de concluír convienen las siguientes indicaciones en favor del derecho de la Compañía demandante:

"Por Resolución de 21 de abril de 1931, proferida a petición del apoderado del Ferrocarril de Cúcuta, la Dirección General de Rentas Nacionales declaró que la Compañía expresada 'no tiene obligación de pagar impuesto especial por razón del transporte de pasajeros.' (Folios 11 y 12, cuaderno 1°).

"Dicha Resolución no fue reclamada y vino a quedar en firme, cuando inesperadamente y de oficio, la misma Dirección General de Rentas dictó la Resolución número 37, de 27 de mayo de 1931, por la cual se revocó la anterior Resolución, y en su lugar se dispuso que la Compañía está obligada a sufragar el impuesto a que se refiere la Ley 106 de 1927. (Folios 12 y 13, cuaderno 1°).

"Esta segunda Resolución, dictada sin facultad legal, y en contra de otra providencia en firme, es nula, no sólo por la manera como se dictó, sino por ser violatoria del contrato celebrado entre el Gobierno y la Compañía."

De otro lado, el señor Procurador General de la Nación sitúa en su alegato de conclusión la controversia así:

"Considero legal la petición primera de la demanda, y no encuentro inconveniente en que esa honorable Corte así lo declare.

"La segunda petición, en las dos partes que contiene, considero que debe ser rechazada. En la primera parte solicita el demandante que se declaren nulas las Resoluciones número 37, de 27 de mayo de 1931, la número 104, del 8 de septiembre del mismo año, proferidas por la Dirección de Rentas Nacionales.

"Dichas Resoluciones son nulas si la Ley 106 de 1927 estableció un impuesto especial sobre los pasajeros y efectos que transitan por el ferrocarril de Cúcuta, pues sólo de dichos impustos sobre pasajeros y efectos está exento el Ferrocarril, según la cláusula 7ª del contrato de seis de septiembre de mil ochocientos noventa y tres; pero son válidas si dicha Ley estableció un impuesto general sobre los pasajeros que transiten no sólo por el ferrocarril mencionado sino por todos los ferrocarriles de la Nación.

"El término **especial** es lo opuesto de **general**; así que un impuesto especial es aquel en que se hace una excepción de persona o cosa para gravarla, mientras que las demás personas o cosas que se encuentren en sus mismas condiciones quedan libres; **general**, por el contrario, es aquel en que el gravamen se extiende sobre la totalidad o generalidad de las personas o cosas que se encuentran en un mismo pie de igualdad. Este concepto es claro, y no creo que exija mayores explicaciones. Según esto, el impuesto establecido por la Ley 106 de 1927, cuando dice:

'Establécese un impuesto sobre los pagos que se hagan por compra de tiquetes o en otra forma, a los empresarios de transportes, impuesto que recaerá:

'1° Sobre toda persona que viaje dentro del país o dentro de sus aguas territoriales, por ferrocarril, buque, automóvil, aeroplano o cualquier otro medio de transporte alquilado regularmente para el acarreo.....,' es un impuesto general, y no como el demandante pretende, un impuesto especial sobre pasajeros del ferrocarril de Cúcuta.

"En la parte pertinente del alegato incurre el señor apoderado del demandante en la mala apreciación, a mi juicio, de considerar que el impuesto indirecto es un impuesto general, mientras que el impuesto directo es un impuesto especial. Tanto el impuesto directo como el indirecto pueden ser generales o especiales. Los impuestos directos son los que tienen por base de imposición las personas o las cosas, mientras que los impuestos indirectos son los que tienen por base de imposición los actos, sin que ni uno ni otro tengan nada que ver con la generalidad o la especialidad del impuesto.

"Y aun la singular noción que de impuesto general o especial da el apoderado en su alegato, le es fatal a los intereses que defiende. Según él, todo impuesto indirecto es general; ahora bien: el impuesto que establece la Ley 106 de 1927 es indirecto, luego aplicándole su definición, debe ser general. Que el impuesto de que se trata sea indirecto, nadie puede ponerlo en duda. Basta transcribir la noción que de impuesto indirecto da en su tratado de Hacienda Pública el doctor Esteban Jaramillo, para verlo claramente. Dice:

'En concepto de los modernos expositores se entiende por impuesto directo el que grava las personas o las propiedades, y se percibe en virtud de listas nominativas; y por impuesto indirecto el que se establece por medio de tarifas impersonales sobre ciertos hechos intermitentes. Según estas definiciones, son impuestos directos la capitación o gravamen personal y las imposiciones sobre la propidedad raíz o mueble y sobre la renta, e indirectos los de aduana, consumo y sobre las operaciones comerciales e industriales.....

'Para mejor distinguir las dos clases de impuestos, afirma Foville, puede decirse que los indirectos corresponden al verbo **hacer**, y los directos a los verbos **ser** o

tener. Hacer un consumo, una introducción de mercancías o un negocio comercial, da origen a un impuesto indirecto; ser propietario o tener una renta, ocasiona un impuesto directo.'

"Siendo, pues, el impuesto de que se trata, como lo dice la Ley 'sobre los pagos que se hagan por compra de tiquetes o en otra forma,' y estableciéndose por medio de una tarifa impersonal, claro está que es un impuesto indirecto.

"En resumen: siendo el impuesto que estableció la Ley 106 de 1927, un impuesto general y no especial sobre los pasajeros del ferrocarril de Cúcuta, no está de él exceptuada esta Empresa por razón de la cláusula 7ª del contrato de concesión. Y aun si se admite la singular noción que alega el demandante, de que el impuesto indirecto y general es lo mismo, como el impuesto presente es un impuesto indirecto, debe también, como general en tal caso, pesar sobre el Ferrocarril. Las Resoluciones que esto declararon, no son, por tanto, nulas.

"En cuanto a la parte segunda de la petición segunda de la demanda, en la contestación a ésta expuse con suficiente amplitud mis ideas al respecto, las cuales reproduzco en seguida:

'La Ley 106 de 1927 estableció el llamado impuesto de pasajes sobre toda persona que viaje dentro del país o en sus aguas territoriales, por ferrocarril, buque, automóvil, aeroplano u otro medio de transporte alquilado regularmente para el acarreo de pasajeros, con excepción de los tranvías y otros vehículos que funcionen exclusivamente dentro de una ciudad y en sus inmediatos alrededores.

'Ese impuesto recae no sobre las empresas de transportes sino sobre los pasajeros que ellas movilizan por medio de los vehículos enunciados por la Ley. Lo comprueba lo dispuesto en el artículo 4º de dicha Ley, cuando dispone que todo empresario de transporte debe publicar una lista sobre tarifa de pasajes, lista que debe comprender:

'1º El monto de dicha tarifa.

'2º El monto del impuesto que debe pagarse en relación con dicha tarifa; y

'3º La suma de dicha tarifa y el impuesto correspondiente que debe pagarse al empresario por el pasajero.

'En otras palabras: como sería imposible que el impuesto de que se trata se hiciera efectivo por el Gobierno percibiéndolo directamente, cobrándolo directamente de cada uno de los pasajeros, la Ley ha dispuesto que cada empresa cobre a los viajeros el impuesto establecido, sin perjuicio de las tarifas que tienen de cobrar por el servicio de transporte.

'En este caso, por ejemplo, los $ 10,880-09 que el Ferrocarril de Cúcuta ha enterado al Tesoro Nacional, desde el veintiséis de marzo de mil novecientos veintiocho hasta el primero de febrero de mil novecientos treinta y dos, según el informe que obra al folio 13, no han salido del peculio de esa Empresa, sino de cada uno de los pasajeros que han viajado por ese ferrocarril. Carece, por consiguiente, la mencionada Empresa de acción civil para pedir el reintegro de aquella suma, aun en el caso de que fueran nulas las resoluciones de que habla la demanda. Si el pago fue indebido, es al dueño de esos dineros, es decir, a los pasajeros, a quienes corresponde esa devolución.' "

Por último, el señor apoderado concretó sus conceptos acerca de la naturaleza del impuesto de que se trata, en estos términos:

"La distinción entre **impuesto general e impuesto especial** no consiste, según los expositores, en lo que señala el señor Procurador, pues el criterio para la distinción es el siguiente: el **impuesto especial** es el que se impone con el fin principal de destinarlo al mejoramiento del ramo de industrias, verbigracia, a que se refiere el impuesto. Así, el impuesto sobre pasajes a que se refiere la Ley 106 de 1927 es especial, pues se intentaba con él mejorar los servicios respectivos. Por ello, en tratándose de una empresa privada como el Ferrocarril de Cúcuta, el Gobierno, sin mayor dificultad, podía eximirla de impuestos especiales, que se refieren al mejoramiento de la Empresa, pues por ser privada, su mejoramiento no correspondía directamente al Estado.

"En su erudito **Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública,** el doctor Esteban Jaramillo dice en el capítulo XXI, que trata de **impuestos especiales,** bajo el título **gravámenes especiales,** lo siguiente:

'Así pueden denominarse los tributos exigidos por el Estado a determinada clase de individuos que explotan una industria, para atender a ciertos servicios de carácter público, que redundando en beneficio de la comunidad, aprovechan especialmente a la industria en referencia.'

"A estos impuestos corresponden principalmente los que se establecen sobre las empresas de transportes para atender al mejoramiento de las vías públicas que tales empresas explotan. El impuesto de peajes y pontazgos, con cuyo producto se atiende a la conservación y mejora de los caminos y puentes; el gravamen sobre las mercancías que se transportan por un río navegable, para atender a la limpia y canalización de dicho río, y el tributo o derecho de faro, que se impone a los buques, para el sostenimiento de dicho servicio, son ejemplos de esta clase de impuestos especiales."

Segundo. Hallándose la cuestión en este estado, la Corte para resolverla tiene en cuenta:

Es evidente que el impuesto de que trata la Ley 106 de 1927, tiene el carácter de indirecto, porque la incidencia legal del mismo recae sobre los habitantes de Colombia que realicen viajes en las condiciones establecidas por el legislador; a la vez dicho impuesto asume el carácter de general, porque grava a todos los habitantes que se hallen en tales condiciones, sin excepción alguna. Generalmente los impuestos de esa clase, como gravámenes a los transportes, tienen por objeto fomentar la respectiva industria, y por ello asumen el carácter de especiales, condición ésta que no procede de los individuos que los sufren sino del objeto a que el impuesto se destina; en el presente caso, y puesto que la ley que lo estableció, en el parágrafo 3º de su artículo 19, hizo tal destinación, refiriéndola a la construcción de la carretera del Carmen a Correa sobre el canal del Dique; desde este punto de vista debe considerarse dicho impuesto con el carácter de especial.

Empero, según las voces de la respectiva cláusula del contrato, tendientes a señalar las concesiones que el Gobierno hizo a la Compañía, y puesto que el adjetivo **especial** significa lo **que es singular o particular, lo que se diferencia de lo común y ordinario y general;** no es jurídico admitir la acepción económica para interpretar

los términos de la cláusula contractual, porque según esta acepción, se llegaría al absurdo de que con omitir en la ley sobre impuestos el calificativo de **especiales**, los pasajeros y los efectos transportados por el Ferrocarril quedarían sujetos a toda clase de contribuciones; interpretación que es inaceptable desde todo punto de vista. Y aunque por su objeto económico se pudiera reconocer el carácter de tales contribuciones o impuestos, podría perfectamente demostrarse su **generalidad** con el criterio de que habrían de gravar a todas las personas que se encontraran en las condiciones expuestas por el legislador.

Esta dificultad sólo puede obviarse aceptando para la interpretación de la cláusula sobre exenciones, el significado común y vulgar que el léxico da al adjetivo **especial**, es decir, **lo singular o particular; lo diferente de lo común y ordinario**; y con este criterio, la expresión "tampoco podrán ser gravados los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía," quiere decir sencillamente que tales pasajeros y efectos no pueden ser gravados con impuestos o contribuciones exclusivamente decretados, o singular o particularmente establecidos para ellos por transitar por el Ferrocarril de Cúcuta; impuestos o contribuciones cuya especialidad consiste en ser diferentes de los que gravan al común de los pasajeros y efectos, a la generalidad de los mismos y de modo extraordinario.

Si el objeto de la cláusula hubiera sido exonerar a los pasajeros y a la carga que se movieran por el Ferrocarril de Cúcuta del impuesto general de tránsito, así se hubiera expresado en el contrato, y no se hubiera empleado la frase **impuestos especiales**, que no pueden tener otra interpretación que la que se le ha dado en este fallo y en la resolución administrativa que obra a los folios 12 y 13 del cuaderno 1º del expediente.

Dados los términos del artículo 1º de la citada Ley 106 de 1927, en que se declara que el impuesto se establece sobre los pagos que se hagan por la compra de tiquetes o en otra forma, es claro que la incidencia legal y efectiva del mismo recae sobre los pasajeros y no sobre la empresa transportadora, y como el número 7º del artículo 7º del contrato de mil ochocientos noventa y tres, dice relación a concesiones hechas a la Compañía, puesto que ella ningún menoscabo directo recibe en sus derechos, desde luégo que sólo le incumbe el recaudo y entrega del impuesto que pagan los pasajeros, hay que concluír que la disposición del artículo 1º de la Ley 106 de 1927 no desconoce ningún derecho de la Compañía, ni menos viola la cláusula contractual, en que la acción instaurada se funda.

Y no vale argüír "que en forma indirecta tal impuesto sí puede perjudicar a la Empresa, pues por la elevación del precio del transporte, ya que a la tarifa ordinaria y anterior se agrega el impuesto, muchas personas transitarán con menos frecuencia o adoptarán otra forma de transporte"; y "de aquí el interés que tiene una empresa, aunque sobre ella directamente no recaiga el impuesto, para procurarse por medio de contratos y concesiones que se exima a sus pasajeros y a los efectos de contribuciones o impuestos que en forma indirecta vienen a perjudiciar a la Empresa"; porque esta alegación, si bien puede justificar la admisibilidad de la demanda y probablemente fundar la personería de la acción, no suministra el fundamento de las declaraciones solicitadas en relación con los términos de la Ley 106 de 1927, que se acusa como violadora de las estipulaciones del contrato mencionado. El mismo demandante lo acepta así cuando dice "que es cierto que el impuesto de pasajes establecido por la Ley 106 de 1927 no recae inmediatamente sobre las empresas de transportes sino sobre los pasajeros que ellas movilizan; pero ello no obsta para que tales pasajeros, de acuerdo con el contrato celebrado entre el Gobierno y la Compañía, queden exentos en cuanto se trate del transporte por el ferrocarril de Cúcuta, de toda contribución o impuesto especial durante el tránsito por la vía, porque así lo dice expresamente el ordinal 7º del artículo 7º del contrato vigente."

Y no vale esta argumentación, se repite, porque si el impuesto de pasajes no recae inmediatamente sobre las empresas, no puede asegurarse que con él se falte a la estipulación contractual que exonera a las empresas de contribuciones y de impuestos especiales; ya que tal estipulación aparece realizada entre la Compañía demandante y el Gobierno en nombre propio: la una en representación de sus intereses privados, distintos de los de los pasajeros, y el otro, en representación del Estado y como gestor de los intereses comunes patrimoniales del mismo. Y mal pueden armonizarse las declaraciones pedidas en la demanda con el criterio expuesto por el mismo actor; pues si el impuesto lo pagan los pasajeros, en este caso no existe el vínculo jurídico que autorice para demandar que "se ordene devolver a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta todas las sumas pagadas por ella indebidamente"; ya que en parte alguna consta que dicho impuesto haya sido pagado por la Compañía demandante en su propio nombre o como delegada por los pasajeros o en nombre de éstos; y en este caso mal puede pedirse con fundamento en el pago indebido hecho por la Compañía, porque, como el apoderado lo reconoce, dicho pago lo hicieron los pasajeros por mediación de la Empresa de transportes, en su calidad de recaudadora del impuesto que cobra y no como deudora del mismo.

Tampoco es admisible que en forma indirecta el impuesto perjudica a la Empresa, porque ella no recauda sino lo que grave a los tiquetes que se le compren por los pasajeros que transporta, y en esta condición sólo debe entregar el producto de esta recaudación, sin que por ello pueda entender que la Empresa sufre un gravamen efectivo, pues que el cambio del medio de transporte que adopten los pasajeros es una simple posibilidad cuya realización no aparece demostrada; cambio que seguramente no menoscaba el valor de los pasajes que la Compañía debe percibir como empresa transportadora, porque los vehículos que con ella pudieran competir están también sujetos al mismo impuesto, y en el caso de ser preferidos sería por otras causas, no por el pago del impuesto de que aquí se trata.

De suerte que, según los términos de las declaraciones solicitadas, y por cuanto la primera no es sino una repetición de las voces de la estipulación contractual que ligó a las partes según la convención de mil ochocientos noventa y tres, ningún inconveniente existe para que dicha declaración se haga. Empero, respecto de la segunda, y puesto que las Resoluciones cuya nulidad se demanda, no son violatorias de aquella estipulación, según se ha demostrado, tal declaración no es procedente, mucho menos en lo que respecta a la devolución de las sumas pagadas en el concepto de no debidas por la Compañía.

Respecto de la nulidad de la Resolución número 37, de 27 de mayo de 1931, por la cual revocó la anterior Resolución, y en su lugar se dispuso que la Compañía estaba obligada a sufragar el impuesto de que aquí se trata; nulidad fundada en haberse dictado esta segunda Resolución sin facultad legal y en contra de otra providencia en firme, y por ser violatoria del contrato celebrado entre el Gobierno y la Compañía; acerca de esta nulidad debe observarse que la última razón en que se funda, esto es, ser violatoria del contrato, ha quedado suficientemente estudiada, para concluir con la negativa; y respecto de la primera razón, esto es, el haber sido dictada sin facultad legal, deducida de razones procedimentales, hay que tener en cuenta que este aspecto de la cuestión no corresponde decidirlo a la autoridad judicial sino a la jurisdicción contencioso administrativa, y dentro de los términos señalados al efecto.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Civil de única instancia, administrando justica en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero. Conforme al contrato elevado a escritura pública en Bucaramanga, el diez y seis de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta está exenta de toda contribución nacional, y los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril no pueden ser gravados con contribuciones e impuestos especiales durante el tránsito por la vía.

Segundo. No son nulas las Resoluciones número 37, de 27 de mayo de 1931, y número 104, de 8 de septiembre del mismo año, ambas proferidas por la Dirección General de Rentas Nacionales.

Tercero. No es el caso de ordenar la devolución, a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, de todas las sumas recaudadas en el concepto a que se refiere la demanda. Como consecuencia se absuelve a la Nación de estos cargos.

Cuarto. No se hace condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente archívese.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Carlos Arturo Díaz—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de única instancia—Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Según el contrato que en copia aparece a los folios 1 vuelto y siguientes de este proceso, de fecha catorce de julio de mil novecientos veintiséis, el señor Eduardo A. Rueda se obligó para con el Gobierno Nacional a construír, dentro de ocho meses, a partir de la fecha de la legalización de ese contrato, el edificio para la estación de Simijaca, del Ferrocarril Central del Norte, y dentro de seis meses, a partir de la misma fecha, los edificios para las estaciones de Susa, Capellanías y Saboyá, del mismo Ferrocarril, por la suma de cincuenta y tres mil seiscientos treinta y cinco pesos treinta y nueve centavos ($ 53,635-39), más una remuneración relativa al valor total de tales obras, del diez por ciento, o sea la suma de cinco mil trescientos sesenta y tres pesos cincuenta y tres centavos ($ 5,363-53).

Como algunas de tales obras no fueron ejecutadas dentro del término estipulado, hubo de celebrarse un contrato adicional, el diez y siete de junio de mil novecientos veintisiete, en el cual se prorrogó dicho término, obligándose el contratista a entregar perfectamente terminadas las estaciones de Saboyá y Susa el quince de agosto, y la de Simijaca el quince de octubre del año citado, respectivamente, y se sustituyó la multa de veinte pesos por cada semana de demora en la entrega estipulada en el primitivo contrato, por la de diez pesos por cada día de retardo, aceptando expresamente el contratista la condición de que el valor de las multas, llegado el caso, se le descontaría de la última cuota.

El señor Rueda recibió de la empresa las sumas de dinero que ésta se obligó a pagarle por razón del contrato y que en total dan la cantidad arriba expresada, pero con la deducción en la última cuota de la de mil novecientos sesenta pesos a que asciende el valor de las multas en que lo declaró incurso la Superintendencia del Ferrocarril por haber demorado cuatro meses la terminación y entrega de la estación de Simijaca, y dos meses las de Susa y Saboyá.

El contratista interpuso ante la empresa y ante el Ministerio de Obras Públicas cuantos recursos consideró convenientes, a fin de obtener la exención de las multas y el consiguiente pago de su valor, pero el Superintendente declaró que no tenía facultad para decidir sobre el recurso, y el Ministerio declaró, en Resolución de fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos veintiocho, que no era el caso de exonerar al señor Rueda de las multas impuestas por la demora en el cumplimiento de sus obligaciones. En Resolución de veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta, aprobada por el Presidente de la República, negó el Ministerio la revocación que le pidió el señor Rueda de la Resolución expresada.

En una y otra se expusieron detalladamente las razones que se tuvieron en cuenta para dictarlas.

Terminado así el juicio administrativo, el señor Rueda, por medio de apoderado y del libelo repartido en la Corte el tres de junio del año últimamente citado, demandó a la Nación para que, previos los trámites de un proceso ordinario, se hagan estas declaraciones:

"1° Que es nulo y sin ningún valor ni efecto, todo lo actuado por el Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, y por el Ministerio de Obras Públicas, en lo relacionado con la imposición de la multa por mil novecientos sesenta pesos, moneda legal, a mi mandante por la mora—según asevera el Superintendente—en la entrega de las estaciones del Ferrocarril, denominadas Saboyá, Susa y Simijaca.

"2° Que en esta nulidad quedan comprendidas las resoluciones dictadas por el Ministerio de Obras Públicas el veintiocho de diciembre de mil novecientos veintiocho, por medio de la cual el Ministerio declara que no es el caso de inhibir a mi mandante de la multa de que se trata; y la proferida por el mismo Ministerio el veinticuatro de febrero del año en curso, por la cual se niega la reconsideración de la primera, y que en consecuencia, quedan ambas resoluciones sin valor ni efecto alguno.

"3° Que como consecuencia de esta nulidad, se declare que no es el caso de imponer a mi mandante la multa de que se trata, por no serle imputable mora en la entrega de las mencionadas estaciones.

"4º Que en consecuencia, la Caja del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, o sea el Ministerio de Obras Públicas, y en definitiva la Nación representada por aquellas entidades, está obligada a devolverle a mi mandante la suma de mil novecientos sesenta pesos que le descontó o retuvo como multa, tomada dicha cantidad del precio del contrato respectivo.

"5º Que la devolución de la expresada suma de dinero debe hacerla la entidad correspondiente, tres días después de ejecutoriada la sentencia que así lo determine."

En subsidio y para el caso de que no se hicieran las declaraciones pedidas en los puntos 1º y 2º, solicitó las siguientes:

"1ª Que mi mandante, el señor Eduardo A. Rueda, no incurrió en mora en la entrega de las estaciones de Saboyá, Susa y Simijaca, para el Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, en virtud del contrato que para la construcción de tales estaciones celebró con la Nación.

"2ª Que en consecuencia la Nación no tiene derecho a cobrarle al señor Eduardo A. Rueda la multa que por cada día de mora en la entrega de las estaciones dichas se estipuló en el respectivo contrato, ni el señor Rueda está en la obligación de pagar la multa de que se habla.

"3ª Que, en consecuencia, queda sin valor ni efecto alguno todo lo actuado por el Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, y por el Ministerio de Obras Públicas, en lo relacionado con la imposición de la multa de que se trata, al señor Eduardo A. Rueda, inclusive las dos resoluciones dictadas por el expresado Ministro de Obras Públicas, el veintiocho de diciembre de mil novecientos veintiocho y el veinticuatro de febrero del año en curso.

"4ª Que igualmente, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se disponga que la Caja del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, o el Ministerio de Obras Públicas, y en definitiva la Nación, está obligada a devolver a mi mandante la suma de mil novecientos sesenta pesos moneda legal ($ 1,960) que le ha descontado o retenido por vía de multa, tomada dicha cantidad del precio del contrato que con la Nación celebró mi mandante para la construcción de las estaciones citadas, devolución que hará tres días después de ejecutoriada la sentencia que así lo ordene."

Como se ve, resumiendo las peticiones contenidas en la demanda, pueden reducirse a estas dos: 1), que principalmente se anulen las resoluciones sobre multas de la empresa del Ferrocarril y del Ministerio de Obras Públicas, y como consecuencia de esa nulidad, se declare la obligación en que está la Nación de pagarle la cantidad que le fue deducida como multas; y 2), que subsidiariamente se declare que el demandante no incurrió en mora en la construcción y entrega de las expresadas obras y por consiguiente se condene a la Nación a cubrirle el precio íntegro de las obras tal como está estipulado en el contrato y sin deducción alguna.

Como cuestión principal se debe, pues, resolver si adolecen de nulidad las resoluciones acusadas de ese vicio.

La causal de nulidad invocada para todas las resoluciones administrativas dichas, es una sola: que para la deducción de las multas que se estipulan en cláusulas contractuales, como la contenida en el contrato de que se trata, se requiere una verdadera resolución administrativa y que dicha resolución no se dictó en debida forma, por lo cual la Nación carece de derecho para deducir la multa.

Sobre este particular, el señor Procurador dice lo siguiente en su alegato de conclusión, que la Corte acoge para demostrar que no tiene fundamento la referida tacha de nulidad.

"Al frente de estas afirmaciones considero, por el contrario:

"a) Que no son necesarios verdaderos actos de autoridad para que se haga la deducción del precio por razón del incumplimiento del contrato por una de las partes;

"b) Que aunque tal acto de autoridad se requiera, en el negocio presente se ha dictado en debida forma, y que aunque fuera nulo, no por eso tendría que deducirse, como lo deduce el demandante, que se encuentra la Nación en la obligación de reintegrarle la cantidad que le ha sido deducida; y finalmente,

"d) Que el demandante sí incurrió en mora de cumplir las obligaciones que el contrato le imponía.

"No eran necesarios actos propios de autoridad para hacer la deducción de la multa.

"En la cláusula segunda del contrato celebrado el tres de noviembre de mil novecientos veintiséis entre el Superintendente del Ferrocarril Central y el señor Eduardo A. Rueda, se estipuló: 'Rueda es obligado para con el Gobierno a entregar completamente terminadas las estaciones de Saboyá y Susa el quince de agosto de mil novecientos veintisiete, y la de Simijaca el quince de octubre del mismo año. En caso de que estas entregas no tengan lugar en las fechas indicadas, Rueda pagará al Gobierno una multa de diez pesos ($ 10) por cada uno de los días que demore la entrega de las estaciones, y aceptará que esta multa le sea descontada de su última cuota.' Esta obligación que el contratista se impuso de permitir que se le dedujera la suma de $ 10 por cada uno de los días que demorara la entrega de las estaciones, es perfectamente legítima y, como procedente del convenio mutuo de las partes contratantes, las cuales obraban en un pie de igualdad como personas de carácter privado, es una mera obligación de derecho civil, que de derecho público no tiene sino el nombre de la multa. De la misma manera que en un contrato entre dos personas particulares hubiera podido estipularse una cláusula semejante, así sin que ella pierda el carácter de obligación puramente civil, se ha podido celebrar el contrato entre un particular y la Nación como persona jurídica de carácter privado.

"Creando, pues, la estipulación sobre la multa una obligación de derecho puramente civil, no se ve la razón por la cual, para hacerla efectiva, haya de ser necesario un acto de autoridad, una verdadera resolución emanada del Gobierno en ejercicio de la soberanía y en virtud de las facultades que como persona de derecho público la Constitución le confiere, siendo así que como adquirido en su carácter de persona privada, puede hacerlo efectivo como tal por la ley del contrato. Así que soy de parecer que, sin que se requiera el ejercicio de la autoridad gubernamental, podría haberse hecho la deducción, una vez que el contratista hubiera incurrido en mora.

"b) Pero admítase que dicha resolución sea necesaria. ¿Se ha dictado o nó en debida forma? En el expediente consta copia auténtica de la resolución de diciembre

veintiocho de mil novecientos veintiocho, cuya parte resolutiva dice así:

'No es el caso de declarar al señor Eduardo A. Rueda libre de la multa que, de acuerdo con el contrato de fecha diez y siete (17) de junio de mil novecientos veintisiete (1927) debe pagar por causa de la demora en la entrega de las estaciones de Saboyá, Susa y Simijaca, del Ferrocarril Central del Norte.'

Esta Resolución y la de febrero veinticuatro, por la cual se niega la revocatoria de aquélla y que se encuentra debidamente sancionada por el Presidente de la República, están mostrando a las claras que el Gobierno, por medio de actos de verdadera autoridad, ha declarado en debida forma la obligación del contratista. Podrá ser que el contratista no haya incurrido legítimamente en la sanción que se le ha impuesto por no haber incurrido en mora en el cumplimiento del contrato (cuestión que se estudiará en el punto d), pero lo que sí es un hecho palpable es que por el Gobierno, con todas las formalidades legales, sí ha declarado mediante verdaderas resoluciones gubernamentales, que el contratista ha incurrido en la multa de la cual quiere al presente que se le declare eximido.....

"c) Aunque las resoluciones hubieran sido necesarias, y aun dando de barato que las que se dictaron fueran nulas, no por eso se puede deducir la conclusión que saca el demandante, de que debe reintegrársele la cantidad que de su último pago fue deducida. Porque la causa o razón de la deducción no eran las resoluciones del Gobierno, sino la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista; y, por lo tanto, aunque las resoluciones fueran nulas, si no llega a probar el contratista que no hubo por su parte mora en la construcción de las estaciones a que estaba obligado, como en tal caso la causa de su obligación subsiste, como subsiste la razón jurídica de la deducción, que es la mora, no sería legal que se declarara por la honorable Corte en un juicio ordinario, que dicha obligación no subsiste. Es decir, que la nulidad de las resoluciones administrativas, aun dentro de la hipótesis de que ellas fueran necesarias para hacer valer administrativamente el derecho de la Nación, no trae de suyo aparejado el desconocimiento ante la autoridad judicial de la obligación por parte del contratista de soportar la multa."

Respecto de si el señor Rueda incurrió o nó en mora para la construcción y entrega de los edificios, la Corte tiene en cuenta:

Como se ha visto, dicho contratista ha aceptado y aun confesado que los edificios los concluyó y entregó después de vencido el término estipulado para ello en el contrato. Sentado este hecho preliminar, resta sólo examinar si se halla comprobada la excusa que para tal demora expone el mismo contratista, tanto en la demanda como en el alegato de conclusión, y que hace consistir en el hecho de que la empresa no cumplió con la obligación de transportarle oportunamente los materiales necesarios para las obras, por lo cual, agrega, siendo el contrato de carácter bilateral, conforme al precepto del artículo 1609 del Código Civil, ninguno de los contratistas está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

La cláusula que determina las obligaciones de la empresa a este respecto es del siguiente tenor:

"a) A transportar al contratista y a su personal de obreros en la sección del Ferrocarril denominada de construcción gratuitamente, y en la forma que lo permitan los elementos de la empresa, a juicio del Superintendente, los materiales destinados a la construcción de que se trata en este contrato."

Es indudable que si la empresa no ha dado cumplimiento a lo estipulado en esta cláusula, en la forma y términos en ella expresados, el contratista no habrá incurrido por su parte en mora en la entrega de los edificios, dado el carácter sinalagmático del contrato y lo establecido en la disposición por aquél invocada. Es preciso indagar, según esto, si se halla acreditado el incumplimiento por parte de la empresa.

Tanto del texto de la demanda como del alegato de conclusión, se viene en conocimiento de que el demandante estima como prueba suficiente del referido incumplimiento la nota número 65, de fecha cinco de junio de mil novecientos veintiocho, dirigida por el doctor Jorge Triana, en su carácter de Ingeniero Jefe de la Explotación, al Superintendente del Ferrocarril, en los siguientes términos:

"Acuso a usted recibo de su atenta comunicación número 3344, de fecha primero de los corrientes, y en respuesta le manifiesto que si bien es muy difícil determinar con exactitud las distintas causas que pudieron haber intervenido para que el señor Eduardo A. Rueda, contratista para la edificación de las estaciones de Susa, Villegas, Simijaca y Saboyá, no hubiera podido dar cumplimiento a las fechas de entrega a que se había comprometido, sí puedo decir a usted que una de ellas fue la falta involuntaria por parte de la empresa del Ferrocarril, en transportar oportunamente los materiales y elementos destinados a dichas obras, lo cual trajo como consecuencia la demora en su terminación. Por tanto, mi opinión al respecto es la de que el señor Rueda dio satisfactorio cumplimiento a sus contratos, hasta donde le fue posible, dadas las dificultades imprevistas con que se tropieza en esa clase de trabajos."

En esta nota se reafirma el hecho de no haber entregado el señor Rueda los edificios de las estaciones en las fechas convenidas; y si bien se agrega que es muy difícil determinar con exactitud las distintas causas que pudieran haber intervenido para dicha demora, y que una de ellas fue la falta involuntaria por parte de la empresa en transportar oportunamente los materiales y elementos destinados a dichas obras, con esto no se demuestra, aunque se les diera el carácter de plena prueba a las aseveraciones y conceptos del doctor Triana, que la empresa hubiera faltado al compromiso contraído en el contrato, ya que éste fue el de transportar en la forma que lo permitieran los elementos de la empresa, a juicio del Superintendente, los materiales destinados a la construcción de las obras contratadas. En el oficio del doctor Triana no se contiene la afirmación de que los elementos o posibilidades de la empresa hubieran permitido un acarreo más activo de los indicados materiales, ni menos aún que tales posibilidades hubieran sido calificadas por el Superintendente, a cuyo criterio dejó el contrato la apreciación de ellas.

Antes bien, al expresar el Ingeniero Jefe de la Explotación que la falta de transporte oportuno de los materiales fue involuntaria, se colige que las condiciones y recursos de la empresa no permitieron un transporte

más rápido, ya que en el caso contrario la omisión o retardo por parte de la empresa hubieran dejado de ser involuntarios.

En suma: con arreglo a la estipulación invocada por el demandante, la obligación del Gobierno consistía en transportar los materiales de acuerdo con los medios y posibilidades de la empresa, medios y posibilidades que correspondía apreciar al Superintendente del Ferrocarril. De suerte que para que pueda estimarse no cumplida esta cláusula, sería menester que el actor hubiera acreditado que no se le transportaron en oportunidad los elementos, no obstante haber conceptuado el Superintendente que podían haberlo sido en forma más oportuna para el contratista. Y como esta prueba no se ha suministrado, la demora en la entrega de los edificios le es imputable al contratista y lo hace responsable de las multas estipuladas para el caso allí previsto de que ocurriera la expresada demora.

Aun cuando las razones hasta aquí expuestas son de suyo suficientes en el campo del derecho estricto para desatar la litis en forma adversa a la demanda, no está por demás hacer notar, para demostrar que esta solución satisface igualmente los dictados de la equidad, que según aparece del oficio del Superintendente del Ferrocarril, de diez y ocho de abril de mil novecientos veintiocho, dirigido al contratista, y de las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas de fechas veintiocho de diciembre del año citado y veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta, así como del texto del contrato adicional, piezas todas estas aducidas en copia por el demandante, no habiendo dado cumplimiento el contratista a la obligación de entregar las estaciones en las fechas convenidas, y habiendo alegado como excusa para dicho incumplimiento la falta de transporte oportuno por parte de la empresa de los materiales destinados a las obras, el Gobierno, no obstante que su compromiso era hacer el acarreo en la forma que lo permitieran los elementos de la empresa, a juicio del Superintendente, no tuvo inconveniente en otorgar al señor Rueda una prórroga del diez y nueve de abril al quince de agosto de mil novecientos veintisiete, para la entrega de las estaciones de Saboyá y Susa, y del diez y nueve de mayo al quince de octubre del mismo año para la de Simijaca, habiéndose tenido en cuenta al pactar dicha prórroga, la forma en que la empresa, de acuerdo con su obligación y con sus medios y elementos, podía efectuar el transporte de los materiales; de suerte que éste era ya un factor conocido por el contratista al pactar los nuevos plazos de entrega.

Aparece igualmente de las piezas mencionadas, que existían otros medios de transporte a que pudo ocurrir el contratista para dar cumplimiento a sus obligaciones, ya que la empresa no estaba obligada a efectuar el transporte sino de acuerdo con sus posibilidades, según apreciación que de ellas hiciera el Superintendente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Civil de única instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a la Nación de los cargos que le fueron deducidos tanto en la demanda principal como en la subsidiaria.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL — Enrique A. Becerra. Carlos Arturo Díaz—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Felipe Duque, en escrito de seis de noviembre de mil novecientos veinticuatro, denunció ante la Gobernación del Departamento de Antioquia, y solicitó que se le adjudique en propiedad, a título de ocupante con ganados, un lote de terreno baldío denominado San Juan, situado en el Distrito de Puerto Berrío, demarcado por los siguientes linderos:

"De una puerta de trancas que está en la banca llamada del Doctor Berrío, y de esta puerta, por todo el alambrado que va dividiendo los potreros de Palmar y Arabia, y siguiendo por este alambrado que va dividiendo los potreros de San Juancito, La Pedrera y Delirio, de propiedad de Lino Uribe y José Mejía, con los potreros de Arabia, Arauca, Salto, Triunfo y Marsella, de Felipe Duque, hasta situarse en la mitad del terreno situado entre las aguas del río San Juan, lindando con terrenos nacionales, y por estos terrenos al punto de partida."

Al pie de ese memorial, el veinticinco del mismo mes, la Gobernación dictó la Resolución que lleva el número 47, y es de este tenor:

"El señor Felipe Duque ha presentado a esta Gobernación, a título de ocupante con ganados, seis denuncios de lotes de tierras baldías en el Municipio de Puerto Berrío, de este Departamento, llamados San Juan, Japonesa, Santa Cruz, Nuevo Mundo, La Pizarra y La Aurora.

"Al primero se refieren estas diligencias.

"Cada uno de esos denuncios, a excepción del llamado Japonesa, que se hizo por dos mil hectáreas, se ha hecho por dos mil quinientas, máximum de lo que, conforme al artículo 1º de la Ley 85 de 1920, puede adjudicarse a una misma persona, natural o jurídica, en un Departamento. Siendo así,

"se resuelve:

"Devuélvase el denuncio precedente con los otros mentados, para que el interesado disponga los asuntos, ajustándose a la disposición aludida."

Por escritura pública número 2840, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín el veintiocho del mismo mes que viene citado, Felipe Duque vendió a Ernesto Moreno A. las mejoras hechas por él en el terreno expresado en el denuncio de que se ha hecho mérito, consistentes en potreros de pastos artificiales de yaraguá, guinea, india y pará, para ganados, en aberturas o rastrojos y en edificios destinados al servicio del establecimiento, y a la vez cedió al comprador "para que haga uso de ellos como a bien tenga, y como si él mismo los hubiera creado, las diligencias relativas a la titulación del terreno donde están las mejoras," objeto de esta venta, inclusive la solicitud de adjudicación de que se ha hablado. Seguidamente el comprador Moreno A., por escrito de cinco de diciembre de mil novecientos veinticinco, dirigido a la misma Gobernación, haciendo valer la mencionada escritura y la cesión que en ella se le hizo de todas las diligencias relativas al denuncio del lote de terreno baldío denominado San Juan, pidió que se le

diera curso a dicho denuncio, y que previa la tramitación legal, se le adjudicara a él (Moreno A.), a título de ocupante con ganado, el terreno baldío descrito en dicho denuncio.

La Gobernación resolvió:

"Admítese el denuncio del lote de tierras baldías que a título de ocupante con ganados hizo el señor Ernesto Moreno A., cesionario de los derechos del señor Felipe Duque, denominado **San Juan**, situado en el paraje de este nombre, en el Municipio de Puerto Berrío, y ordenó darle el curso que señala el Código Fiscal."

Oportunamente comparecieron ante la Gobernación, oponiéndose a la solicitud de adjudicación hecha por Moreno A., los señores Francisco Villa y Juan B. Arango, el primero en su carácter de Vicepresidente Liquidador de la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituída en el año de mil ochocientos setenta y ocho, y el segundo, como Presidente Liquidador de la Sociedad dicha, reconstituída por la escritura número 319, de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve. Arango no formalizó su oposición, pero De Villa sí lo hizo en estos términos:

"..... como socio Vicepresidente y Liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituída por la escritura número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, expongo respetuosamente a usted lo que sigue, con el objeto de formalizar mi oposición al denuncio del terreno que, como baldío y llamado **San Juan**, hizo el señor Felipe A. Duque, denuncio que éste trató de venderle al señor Ernesto Moreno.

"Hechos.

"1º Soy socio, Vicepresidente y liquidador de dicha Sociedad, constituída por la citada escritura número 478.

"2º Al haber de esa Sociedad introdujo el señor Francisco A. Cisneros, por haberlas adquirido del Gobierno de Antioquia, doscientas mil hectáreas de terreno: cien mil por remate verificado de conformidad con la Ley antioqueña 36 de 1877, y cien mil, en virtud de cesión que le hizo el mismo Gobierno. Aquellas primeras cien mil hectáreas formaban parte de las doscientas mil de que trata la Ley 63, de 12 de junio de 1872, y las segundas cien mil, sobre la misma de que habla la Ley 18, de 4 de mayo de 1874.

"3º Los socios fundadores conmigo de dicha Sociedad fueron los señores Francisco A. Cisneros y Jorge Bravo: aquél le cedió sus acciones al Departamento de Antioquia, y yo adquirí las que pertenecían al señor Bravo, quedando, en consecuencia, como únicos socios, el Departamento de Antioquia y yo.

"4º En virtud del contrato de transacción, que consagra la escritura de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, bajo el número 692, el Departamento de Antioquia, representado entonces por su Gobernador, señor Juan P. Arango B. y yo, convinimos, por exigencias de éste, en reconstituir, por cuanto ya había expirado el término de su duración, la mencionada Sociedad, sobre las bases generales de la misma, y así lo hicimos, según la escritura 319, otorgada en dicha Notaría 1ª el veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve.

"5º De algún tiempo acá se viene sosteniendo con ahinco que este contrato de reconstitución es absolutamente nulo, y en apoyo de esa tesis se cita el artículo 472 del Código de Comercio, relacionándolo con el 2º de la Ley 42 de 1898, si bien aquel precepto sólo habla de nulidad absoluta entre los socios.

"6º Con las cien mil hectáreas rematadas por el señor Cisneros se le cedió al rematador el derecho de elegir en territorio antioqueño el lugar en que quisiera tomarlas, y ese derecho pasó a la primitiva Sociedad, pues al introducirlas a ella nada se reservó el aportante. Las cien mil hectáreas de la citada Ley 18, las localizó ella misma a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, en lotes alternados de a diez mil hectáreas, o sea en los términos de la concesión tercera del artículo 1º de esa Ley.

"7º Tanto estas cien mil hectáreas, como las doscientas mil a que se refiere la citada Ley 63, y, por consiguiente, las cien mil que remató el señor Cisneros, están destinadas a objetos especiales.

"8º Durante la existencia de la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración, ella tomó posesión de sus doscientas mil hectáreas, a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, construyendo caminos en beneficio de éste y del Estado, montando potreros de pastos artificiales, estableciendo allí inmigrantes extranjeros y trabajadores o colonos del país, etc.

"9º El terreno denunciado como baldío por el señor Felipe A. Duque, y que trató de cederle al señor Ernesto Moreno, está en el Distrito de Puerto Berrío, esto es, en el lugar donde se hallan las doscientas mil hectáreas a que tiene derecho preferente la Sociedad Agrícola y de Inmigración, si es que no le pertenecen en propiedad, o bien el terreno denunciado forma o puede formar del que a cosa (sic) mucha anterioridad al denuncio se le destinó a objetos especiales por leyes que deben cumplirse, y tiene los linderos que especifica la Resolución número 10, de 22 de enero de 1925.

"10. Antes de que el señor Felipe Duque otorgara la escritura 2840, de veintiocho de noviembre de mil novecientos veinticuatro, de la Notaría 3ª de aquí, sobre venta al señor Ernesto Moreno A., de las diligencias del denuncio del nombrado terreno **San Juan**, la Gobernación había rechazado esas diligencias, según puede verse en la Resolución número 47, de 25 de noviembre de 1924."

Expresa en seguida el escrito de oposición las razones de derecho, y termina así:

"En mérito de lo expuesto, y en los caracteres de que hablé atrás, demando en juicio ordinario al señor Ernesto Moreno A., mayor de edad y de este domicilio, para que con su citación y audiencia se declare por sentencia definitiva:

"**a)** Que el demandado debió hacer de nuevo el denuncio, en su propio nombre, y que por no haberlo hecho, no debió admitirse por la Gobernación, ni puede adjudicársele el terreno que pretende.

"En subsidio de esta petición, solicito se declare:

"**b)** Que las tierras cedidas por las citadas Leyes 63 y 18, están destinadas a objetos especiales, y no se les puede dar otras aplicaciones, y que tanto por eso como en virtud de las mismas cesiones perdieron el carácter de tierras baldías denunciables, desde que entraron en vigor aquellas leyes, por otras personas que el cesionario

o aquellas a quienes él haya transmitido sus derechos, en todo o en parte.

"c) Que la Sociedad Agrícola y de Inmigración, por quien hablo, tiene derecho preferente al demandado sobre el terreno que él pretende, bien haga parte de las cien mil hectáreas rematadas por el señor Francisco A. Cisneros, o de las cien mil que a éste le cedió el Gobierno de Antioquia.

"d) Que al demandado no se le puede adjudicar el terreno que pretende y que denunció como baldío el señor Felipe A. Duque, mientras no se le entreguen materialmente a la Sociedad demandante las referidas doscientas mil hectáreas, y eso en el caso de que aquel terreno no se comprenda en ellas, pues si se comprendiere, no se le podrá adjudicar.

"e) Que si el demandado se opusiere a esta demanda, se le condene en las costas del juicio, porque esa oposición sería evidentemente temeraria.

"Los documentos de que haré uso para pruebas se hallan en ese Tribunal, en la Gobernación de Antioquia, en las Notarías, Juzgados y Oficinas de Registro de aquí y de Titiribí, en el Consejo de Estado y en algunos de los Ministerios."

Con motivo de esa oposición siguióse un juicio ordinario, que en primera instancia fue fallado por el Juzgado del Circuito de Yolombó, el trece de junio de mil novecientos veintiocho, así:

"Declárase improcedente la demanda de oposición incoada por el señor Francisco de Villa, en su carácter de Vicepresidente y Liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración. No es el caso de hacer las declaraciones pedidas por dicho señor en el libelo presentado por éste en contra de Ernesto Moreno A. con relación al terreno baldío denominado San Juan, y, por tanto, se absuelve al demandado de los cargos formulados en dicho libelo.

"Reconócese la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor.

"Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase a la Gobernación para los fines legales."

El apoderado del opositor De Villa y Juan B. Arango apelaron de esa sentencia, y el Tribunal de Medellín, que conoció del recurso, profirió el fallo de segunda instancia el veintitrés de octubre de mil novecientos treinta, cuya parte resolutiva dice:

"1° Se revoca la sentencia apelada en cuanto se declaró la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del actor, señor Francisco de Villa.

"Se confirma la misma sentencia en cuanto no se accedió a hacer las declaraciones solicitadas por el señor Francisco de Villa, en su carácter de Vicepresidente, de socio y de Liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, y en cuanto se dispuso que el expediente volviera a la Gobernación para los fines legales.

"Por fundarse este fallo en razones distintas de las que adujo el señor Juez, no es el caso de condenar en costas a la parte apelante."

La parte demandante interpuso, y fundó ante el Tribunal, el recurso de casación, que le fue concedido, y que la Corte admite por hallarse ajustado a la ley.

Invoca el recurrente las causales primera y segunda de casación, establecidas en el artículo 2°, Ley 169 de 1896, y como motivo de la segunda causal expone lo siguiente:

"El hecho 10 de la demanda dice:

'Antes de que el señor Felipe Duque otorgara la escritura número 2840, de veintiocho de noviembre de mil novecientos veinticuatro, en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín, y que se halla en los folios 7 y 8, sobre venta a Ernesto Moreno de las diligencias de denuncio del lote de terreno nombrado San Juan, la Gobernación había desechado ese denuncio, justamente con algunos más, según puede verse en la resolución de folio 6.'

"En las razones de derecho de la demanda, figura esta:

'Si Felipe A. Duque tenía en efecto y en terrenos verdaderamente baldíos las mejoras que dijo venderle a Ernesto Moreno, la venta habría habilitado a éste para hacer en su propio nombre el respectivo denuncio; pero como lo hizo el vendedor y le fue rechazado por la autoridad competente, resulta que debió hacerlo de nuevo el comprador, por sí, porque en virtud de aquel rechazo, Felipe A. Duque no tenía derecho que vender.'

"La parte petitoria de la demanda, señalada con la letra a), que es principal, pues las otras son subsidiarias, según se ve en lo que precede, dice así:

'Que el demandado debió hacer de nuevo el denuncio en su propio nombre, y que por no haberlo hecho, no debió admitirse por la Gobernación ni adjudicársele el terreno que pretende.'

"Que el señor Moreno no hizo de nuevo el denuncio, lo persuade la lectura del último párrafo del memorial del folio 9.

"Sin embargo, de todo lo que va expuesto en este capítulo, la sentencia recurrida, en su parte resolutiva, no dijo nada de aquella petición principal, ni para admitirla ni para rechazarla, no obstante que fue materia de la controversia.

"En esto fundo la segunda causal de casación."

Para desechar este cargo, basta observar que el fallo de primera instancia contiene esta declaración:

"No es el caso de hacer las declaraciones pedidas por el señor Francisco de Villa en el libelo presentado por éste en contra de Ernesto Moreno A., con relación al terreno baldío San Juan, y, por tanto, se absuelve al demandado de los cargos formulados en dicho libelo," y que el fallo recurrido en su parte resolutiva, dispone:

"Se confirma la misma sentencia (la de primera instancia), en cuanto no se accedió a hacer las declaraciones solicitadas por el señor Francisco de Villa en su carácter de Vicepresidente, de socio y de Liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración."

Así quedó fallada la petición señalada con la letra a) en la parte petitoria de la demanda, y es, por tanto, infundada esta acusación por segunda causal.

Nueve cargos aduce el recurrente en apoyo de la causal primera; y como motivo del primer cargo transcribe el siguiente párrafo de la sentencia:

"Considerando, pues, que la Sociedad Agrícola y de Inmigración, reconstituída en mil ochocientos noventa y nueve, ha venido coadyuvando la demanda que presentó el señor De Villla en nombre de la Sociedad constituída en mil ochocientos setenta y ocho, estima el Tribunal que la Sociedad reconstituída en mil ochocientos no-

venta y nueve no ha tenido existencia jurídica en virtud de lo dispuesto en los artículos 469 y siguientes del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, por no haberse registrado el extracto de esa escritura de reconstitución en ninguno de los Juzgados de Medellín."

Diserta largamente el recurrente, tratando de demostrar que la existencia de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas se acredita con la sola presentación de la escritura social, aunque el extracto de ésta no haya sido publicado ni registrado con arreglo a la ley, y que la nulidad que tal omisón pueda producir queda saneada por el transcurso de treinta años; pero bien se ve que tal razonamiento no se encamina a fundar un motivo de casación; pues comienza por reconocer que el concepto del Tribunal contenido en el párrafo tanscrito, no mira de lleno el fondo del asunto, "porque la oposición al denuncio del señor Moreno, hecha en nombre de la Sociedad reconstituída, no se formalizó," y se limita a impugnar los conceptos del Tribunal en relación con la tesis que él sustenta, sin formalizar cargo alguno por violación directa ni indirecta de la ley sustantiva. No se trata, pues, de un motivo de casación.

2º Como motivo del cargo que formula bajo este numeral, señala el siguiente concepto del Tribunal:

"Por diversas razones no podría librarse el pleito en favor de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, a saber:

"Las cien mil hectáreas que hubo por remate el señor Cisneros, y de que en parte trata la Ley 63 de 1872, se refieren, no a una porción determinada de baldíos dentro del territorio del Departamento de Antioquia, sino a una porción determinable, pero que todavía no se ha determinado."

El recurrente acusa este concepto como resultado de un error de hecho, consistente en no haber apreciado el documento que obra a folio 101 del expediente, y al efecto razona de este modo:

"Convengo en lo indeterminado y determinable, pero nó en cuanto a que la determinación no se haya hecho. Según el artículo 2º de la Ley 63 de 1872, las doscientas mil hectáreas se tomarían en territorio antioqueño, donde el Presidente del Estado las solicitara; conforme a la concesión 3ª del artículo 1º de la Ley 18 de 1874, dicho Presidente podía tomar esa tierras en los intervalos entre los lotes de que habla esta Ley; esa facultad electiva la cedió dicho Presidente al señor Francicso J. Cisneros, por mandato del artículo 8º de la Ley antioqueña 36 de 1877, cumplido por la escritura número 334, de ocho de junio de mil ochocientos setenta y ocho, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Medellín; el señor Cisneros le pasó dicha facultad a la Sociedad Agrícola y de Inmigración, al introducir a ella las cien mil hectáreas que había rematado, y que llevaban consigo aquella facultad, y porque nada se reservó, y la nombrada Sociedad ejerció esa prerrogativa por medio de su apoderado, el doctor Clímaco Paláu, quien en su memorial al Ministro de Obras Públicas, de diez y nueve de mayo de mil novecientos once, manifestó que tomaba las cien mil hectáreas en los referidos intervalos, a uno y otro lado de la vía férrea, y delimitó los dos lotes: el correspondiente a esas hectáreas y el relativo a las cien mil, de la Ley 18 de 1874, así, según puede verse en el folio 101:

'Primer lote. Limita por el Norte con la línea del ferrocarril, en una extensión de cincuenta kilómetros; por el Sur, con terrenos vertientes al río Nare, que son de propiedad nacional; por el Occidente con el río Nus, y por el Oriente, con el río Magdalena.'

'Segundo lote. Limita por el Sur con la línea del ferrocarril, en la misma extensión de cincuenta kilómetros; por el Norte, con terrenos de propiedad de la Nación, vertientes al río San Bartolomé; por el Oriente, con el río Magdalena, y por el Occidente, con terrenos vertientes al río Monos y terrenos baldíos denominados de **Alicante** y **Cupiná**. Ambos lotes forman una extensión total de doscientas mil hectáreas, y parten de la estación inicial de Puerto Berrío.'

"Por consiguiente, la sentencia incurre en error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos, al negar que se hayan determinado las cien mil hectáreas, pues existe la prueba en contrario."

Cierto es que a la vuelta de la hoja 100, y al frente de la 101 del cuaderno principal de este proceso, se halla copia del siguiente documento, expedida por el Secretario del Ministerio de Industrias:

"Señor Ministro de Obras Públicas—Presente.

"Yo, Clímaco A. Paláu, ciudadano colombiano, mayor de edad, vecino de la ciudad de Medellín y residente actualmente en esta de Bogotá, muy comedidamente manifiesto a usted: el día diez y siete de febrero de mil ochocientos setenta y cuatro, celebró el señor Secretario de Hacienda del extinguido Estado Soberano de Antioquia, con el señor Francisco J. Cisneros, un contrato sobre construcción de un ferrocarril de vía angosta, de locomoción a vapor que, partiendo del punto (hoy Distrito) llamado Puerto Berrío, en la margen izquierda del rio Magdalena, fuera a terminar en la ciudad de Medellín, capital del Estado de Antioquia.....

"En armonía con lo dispuesto en la Ley 18 de 1874, las cien mil hectáreas de terrenos baldíos que se ceden al Estado Soberano de Antioquia, deben entregársele a ambos lados de la vía férrea, y en lotes alternados de a diez mil hectáreas con los que se reserve la Nación o el Estado de Antioquia, en caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores. De manera que al Estado se le reconoció por dicha ley el derecho de tomar en la misma vía las tierras que le había cedido la Ley 63 de 1872, única que con anterioridad a la 18 de 1874, le había hecho cesión de baldíos cuya adjudicación no había obtenido aún.....

"En el Distrito de Puerto Berrío existe una extensión baldía que excede en mucho de trescientas mil hectáreas, y en ellas solicito se cumplan las Leyes 18 y 63 de 1874 y 1872, respectivamente, adjudicando a la Sociedad que represento un globo de doscientas mil hectáreas, que para mayor claridad divido en dos lotes, tomando por base la línea del ferrocarril de Antioquia, así:

"Primer lote: limita por el Norte con la línea del ferrocarril, en una extensión de cincuenta kilómetros; por el Sur, con terrenos de propiedad nacional, vertientes al río Nare; por el Occidente, con el río Nus, y por el Oriente, con el río Magdalena.

"Segundo lote: limita por el Sur, con la línea del ferrocarril, en la misma extensión de cincuenta kilómetros; por el Norte, con terrenos baldíos, vertientes al río San Bartolomé; por el Oriente, con el río Magdalena, y por el Occidente, con terrenos vertientes al río Monos y

los baldíos denominados de Alicante y Cupiná. Ambos lotes forman una extensión total de doscientas mil hectáreas, y parten de la estación inicial de Puerto Berrío.....

"Bogotá, mayo 19 de 1911.

"Señor Ministro.

"(Firmado). Clímaco A. Paláu"

Pero a continuación de este documento figura en la misma copia (folios 101 a 103 vuelto), este otro documento:

"Señor Ministro de Obras Públicas:

"Yo, Lisímaco Paláu, mayor de edad y vecino de Bogotá, hablo a usted como apoderado sustituto de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, domiciliada en la ciudad de Medellín. Mi mandato consta en la escritura número 665, de veintiséis de junio de mil novecientos once, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, que está en el respectivo expediente.

"Vengo a decir del modo más respetuoso, ejercitando mi dicho poder, que se digne usted reconsiderar y revocar su Resolución de ocho de enero del año en curso. Esa Resolución, dictada en el expediente en que se solicita la adjudicación de doscientas mil hectáreas de terrenos baldíos en el Departamento de Antioquia, dice así:

'No es posible acceder a la solicitud del doctor Clímaco Paláu, apoderado de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, de Medellín, en su memorial de diez y nueve de mayo próximo pasado.'

"Es inútil y es innecesario que en este memorial se haga nueva relación de los respectivos hechos. Se han expuesto ellos con claridad en varias piezas que constan en los autos, y, por otra parte, el señor Ministro los conoce sobradamente.

"Me limitaré, por tanto, a considerar algunas breves observaciones de orden jurídico, rogando al señor Ministro tenerlas en cuenta al reconsiderar su mencionada Resolución.

"Se funda ésta en dos razones principales, a saber:

"1ª Que la Compañía Agrícola, que es cesionaria del Departamento de Antioquia, no tiene derecho de pedir y obtener la adjudicación de las doscientas mil hectáreas de baldíos en un solo lote continuo y a ambos lados de la línea férrea de Puerto Berrío, como pudo hacerlo el Presidente del antiguo Estado Soberano de Antioquia; y

"2ª Que no tienen valor los bonos que representan dichas doscientas mil hectáreas de baldíos, porque carecen del requisito del registro exigido por el artículo 16 de la Ley 56 de 1905

"Observo, en primer lugar, que es principio elemental que el derecho del cesionario se extiende a tanto cuanto se extendía el mismo derecho existiendo en poder del cedente. Este no traspasa jamás más de lo que tiene, pero tampoco traspasa menos. Si cede su derecho, sin exceptuar nada de él, debe entenderse que lo transfiere en toda su integridad. Luego la Compañía Agrícola se debe considerar cesionaria del antiguo Estado Soberano de Antioquia, de lo que éste tenía, ni de más ni de menos. Importa, pues, averiguar qué tenía aquella entidad política, cuál era la extensión y cuál el límite de su derecho.

"Y para averiguar esto, es de toda necesidad acudir a los respectivos títulos, que, en caso, son dos leyes nacionales, los mejores y más amplios en títulos de propiedad. Esas Leyes son la 63 de 1872 y la 18 de 1874. Quizá no se han examinado ellas detenidamente, y de eso provenga la inteligencia, errada en mi concepto, que hasta ahora se le ha dado al asunto.

'Cédense—dice el artículo 1º de la Ley 63 de 1872—al Estado de Antioquia, doscientas mil hectáreas de tierras baldías para el fomento de la inmigración.'

"Y el artículo 2º dice:

'En consecuencia, el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá la inmediata entrega, al Presidente del Estado Soberano de Antioquia, de las citadas tierras, tomándolas de las del territorio antioqueño, donde dicho Presidente las solicitare para destinarlas al fomento de la inmigración, de la manera que lo estime conveniente a los intereses del Estado. La facultad que se concede al Presidente de Antioquia, cesa inmediatamente que se reúna la Legislatura, la cual determinará la distribución, para el fin indicado, del resto de las tierras de que aún no hubiere dispuesto el Jefe del referido Estado.'

"El sólo tenor literal de estas disposiciones, y sin necesidad de otro criterio interpretativo que el meramente gramatical, enseña esto:

"1º El primer artículo de la Ley cede al Estado Soberano de Antioquia la propiedad de doscientas mil hectáreas de baldíos. Sancionada y promulgada esa Ley quedó un derecho adquirido para el Estado Soberano. Y recuérdese desde ahora que 'los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.'

"2º Lo primero que enseña el artículo 2º de la Ley, es que el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá la inmediata **entrega de las tierras baldías** al Presidente del Estado de Antioquia, no la entrega de bonos. Entregar tierras es algo muy distinto de entregar bonos. Y si se objeta que en el caso de que se trata se entregaron bonos, eso no quiere decir sino que las cosas se hicieron mal, que no se cumplió la respectiva obligación en los términos en que debió cumplirse, es decir, en la forma prevenida del modo más claro y expreso de la ley; y

"3º El Presidente de Antioquia podía solicitar que las tierras se adjudicasen en donde él lo dijese, y las podía destinar al fomento de la inmigración como lo estimare más conveniente a los intereses del Estado. Pero estipuló la ley—así puede decirse—que una vez reunida la legislatura del Estado, a ella, en vez de al Presidente, tocaría la facultad, no de elegir las tierras, sino de hacer su distribución 'para el fin indicado,' es decir, para el fomento de la inmigración. Eso lo indican claramente las palabras finales del artículo, que hablan de la distribución que debería hacer la Legislatura 'del resto' de las tierras de que aún no hubiere dispuesto el Jefe del referido Estado.

"Luego es patente que el legislador hizo distinción entre lo de **elegir** las tierras y lo de **distribuírlas** para los fines de la inmigración: lo primero se lo atribuyó al Presidente; lo segundo al mismo Presidente, mientras no se reuniese la Legislatura, a la cual pasaría la potestad de distribuír **el resto** de las tierras, esto es, lo que ya no hubiese distribuído el Presidente. Por donde se ve claramente que no es jurídica la interpretación que se

le da al citado artículo 2º de la Ley 63 de 1872 en la providencia del Ministerio, cuya revocatoria solicito con comedimiento y respeto, en la cual se dice lo siguiente:

'..... La facultad concedida al Presidente del Estado Soberano estaba sujeta a una condición, o como se dice, era modal, y sólo disfrutaba de ella hasta la reunión de la Legislatura, pero una vez reunida ésta, ya el Jefe del Estado no podía usar de dicha facultad.'

"Digo, pidiendo perdón, señor Ministro, que no había tal facultad condicional o modal. Son cosas sustancialmente distintas, en derecho, las obligaciones y derechos condicionales y los modales. No se pueden hacer sinónimos los dos calificativos: corresponden a cualidades jurídicas, a modo de ser de todo punto diversos. La facultad del Presidente de Antioquia de elegir o señalar las tierras es distinta, como lo dejo demostrado con el texto de la ley, de la facultad de distribuír las tierras para los fines de la inmigración, no era condicional, ni era tampoco modal. Temo mucho que esta interpretación de la Ley 63 haya hecho perder la verdadera pista en este negocio; pero confío, eso sí, y con fundamento serio, que la probidad y la ilustración del Ministerio harán la competente rectificación. El artículo 3º de la citada Ley 63, el último de ella, no hace más que confirmar cuanto se deja expuesto. Dice así:

'Los gastos que ocasione la mensura de las tierras cedidas por el artículo 1º y los demás que sean necesarios para llevar a efecto la cesión, serán de cargo del Gobierno del Estado.'

"La Ley 18 de 1874 se propuso auxiliar la construcción del ferrocarril que, partiendo de Puerto Berrío, en la margen izquierda del río Magdalena, fuese a terminar en la ciudad de Medellín. Para ese efecto se le cedieron al Estado de Antioquia, entre otras cosas, 'cien mil hectáreas de tierras baldías a ambos lados del camino férreo, y en lotes alternados de diez mil hectáreas con los que se reserve la Nación o el Estado de Antioquia, en caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores,' por ejemplo la 63 de 1872. Resulta, pues, que en virtud de las dos mencionadas Leyes, el Estado Soberano de Antioquia se hizo dueño, como cesionario de la Nación, de trescientas mil hectáreas de terrenos baldíos. Doscientas mil de ellas las podía tomar en donde eligiere el Presidente del Estado; las otras cien mil serían en las vecindades de la línea del ferrocarril, en lotes de a diez mil hectáreas, alternadas con las de la Nación o con las del mismo Estado. Y se ve claramente cómo todo esto iba encaminado a apropiar una considerable porción de territorio baldío para fomentar la inmigración en terrenos cercanos del río Magdalena y darle vida, por ese medio, a la obra redentora del ferrocarril de Antioquia. Sobra decir, porque es muy claro, que lo que era propiedad del Estado Soberano de Antioquia, pasó en seguida a serlo del Depatamento del mismo nombre. Se extinguió en 1886 el Estado Soberano, pero subsistió y subsiste bajo el nuevo régimen la entidad política llamada Departamento, a la cual, sin ninguna solución de continuidad, pasaron todos los derechos y obligaciones que tenía el Estado. Eso lo disponen la Constitución y las leyes vigentes. Luego es incuestionable que cuantos derechos adquirió el Estado Soberano de Antioquia sobre territorios baldíos por virtud de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, esos mismos correspondieron al Departamento. Se alega en apoyo de la Resolución del Ministerio, el hecho de que no se registraron, en armonía con lo dispuesto en la Ley 56 de 1905, artículo 16, los bonos. Y si yo he entendido mal, en eso está todo el argumento que hicieron los señores abogados consultores en el concepto escrito que presentaron al Ministerio. Pero, a mi juicio, no es ese el punto de vista desde el cual ha de estudiarse la cuestión. No es de unos bonos territoriales de donde se deriva el derecho que se reclama. Ese derecho se funda en las Leyes de 1872 y 1874, que se han citado, las cuales constituyen el verdadero título que se alega. Los bonos se pudieron expedir o nó. No era necesaria, era superflua su expedición. De consiguiente, mal se puede alegar ahora, al menos en terreno sólidamente jurídico, que los dichos bonos no se registraron de acuerdo con una ley expedida muchos años después de adquirido el derecho. No se puede discutir, porque sería temerario, que el derecho referido se adquirió desde que fueron promulgadas las leyes que ordenaron—no se pierda de vista—entregar tierras, no entregar simplemente bonos. Estamos, pues, en presencia de un derecho adquirido, y se trata de averiguar si ese derecho deja de subsistir por virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 56 de 1905. No es eso posible, porque se opone a la perentoria disposición del artículo 31 de la Constitución Nacional, que dice:

'Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.'

"Por todo lo dicho, pido atentamente al señor Ministro que se digne revocar su citada Resolución, y se digne disponer, de acuerdo con lo solicitado por el doctor Clímaco Paláu, de quien soy sustituto.

"Bogotá, febrero 27 de 1922.

"Señor Ministro.

"(Firmado). **Lisímaco Paláu**"

Resulta del primero de estos documentos, como lo afirma el recurrente, que, efctivamente, la Sociedad Agrícola y de Inmigración representada por su apoderado doctor Clímaco A. Paláu, en memorial de diez y nueve de mayo de mil novecientos once, manifestó al Ministro de Obras Públicas que "en el Distrito de Puerto Berrío existe una extensión baldía que excede en mucho de trescientas mil hectáreas, y en ella solicito—dijo—que se cumplan las Leyes 63 y 18 de 1872 y 1874, respectivamente, adjudicando a la Sociedad que represento un globo de doscientas mil hectáreas," que dividió y determinó tal como lo expresa el recurrente; pero asímismo resulta del segundo de dichos documentos, que el Ministerio de Obras Públicas negó lo que en aquel memorial solicitó el doctor Clímaco A. Paláu, dejando así sin efecto las manifestaciones que en él se hicieron; y como no se trajo a los autos la resolución que recayera al memorial de reclamación del doctor Lisímaco Paláu, queda en pie la afirmación de que las cien mil hectáreas a que el cargo se refiere, todavía no están determinadas, circunstancia que obliga a la Corte a declarar infundado el cargo que se examina.

3º Como motivo de este tercer cargo, señala el recurrente este paso de la sentencia:

"Por este motivo, aunque se considerase que la Sociedad Agrícola y de Inmigración tiene derecho para elegir el lugar en el cual deben entregársele las cien mil hectáreas (de doscientas mil de que trata la Ley 63 de 1872),

dentro del territorio de Antioquia, no puede pretender que esa entrega se le haga a uno y otro lado de la vía férrea que va de Medellín a Puerto Berrío, en perjuicio de terceros, bien sea de colonos cultivadores, bien sea de denunciantes de determinadas porciones de baldíos con títulos de concesión. En el particular puede decirse que el denuncio establece la prelación, y que esa corresponde al señor Moreno, como denunciante de un globo de baldíos que ha determinado por linderos."

A esto observa el recurrente que:

"Por la manera como rompe este párrafo, puede considerarse como una consecuencia de la anterior; mas como éste se basa en que no se han determinado las tierras, y esa premisa resultó inexacta, la consecuencia quedó sin apoyo."

Sigue argumentando el recurrente sobre la prelación que el Tribunal reconoce a favor del denunciante Moreno, y concluye así:

"Deduzco de lo que precede, que las disposiciones aplicables son el artículo 1º de la Ley 63 de 1872 y el artículo 1º de la Ley 18 de 1874, en su concesión 3ª, y que en el párrafo comentado, la sentencia viola directamente esas disposiciones."

Como se ve, y lo reconoce el recurrente, este cargo versa sobre un concepto deducido del que motivó el cargo que precede, y, por tanto, todo lo que aquí se alega queda contestado con lo que allí se dijo.

4º El cargo marcado con el numeral 4º se refiere a este concepto del Tribunal:

"Para que la Sociedad Agrícola pudiese alegar la prelación, hubiera sido preciso que su denuncio, respecto de ese lote determinado de terreno, hubiese sido anterior al del señor Moreno."

A ese concepto del Tribunal opone el recurrente lo dicho por el doctor Clímaco A. Paláu en el memorial de diez y nueve de mayo de mil novecientos once, y concluye así:

"Por consiguiente, en el punto que es materia de este comentario, la sentencia incurre en error de hecho, al apreciar la prueba que suministra la parte transcrita del memorial del doctor Paláu, y en error de derecho al apreciar los dos denuncios."

Este cargo queda contestado con las observaciones hechas al marcado con el número 2º.

5º Como motivo del cargo marcado con el número 5º, transcribe el recurrente el siguiente paso de la sentencia recurrida:

"Hubiese podido alegar la Sociedad Agrícola la preferencia por otro concepto; el de tener derecho a cien mil hectáreas de tierras baldías a uno y otro lado de la vía férrea, en virtud de otra ley, la 18 de 1874, en la cual declaró el Congreso que en vista del contrato celebrado entre el Departamento de Antioquia y el señor Francisco J. Cisneros sobre construcción del ferrocarril, y de que el Estado de Antioquia le había concedido cien mil hectáreas de baldíos, subsistía esa concesión. Pero no probó la entrega de los bonos."

Alega el recurrente "que en esta parte de la sentencia incurre en error de hecho, que aparece manifiesto evidente en los autos, al apreciar la prueba que suministra la demanda," porque dice:

"La Sociedad sí alegó esa preferencia, según puede verse en la parte motiva y en la petitoria de la demanda, folios 30 y 31 del expediente"; y agrega:

"La Sociedad no funda sus derechos en bonos de ninguna clase, sino en las citadas Leyes 63 y 18, como puede verse en la misma demanda. Los bonos no eran necesarios, porque el Código Fiscal de 1875, ni las mencionadas Leyes lo prescribían. Si se emitieron por convenio posterior a esas Leyes entre los Gobiernos de la Nación y el Estado de Antioquia, su expedición no abrogó esas Leyes, que son los verdaderos títulos de la Sociedad, como sucesora del Estado de Antioquia y del señor Cisneros. Y esto no es así, tan sólo porque yo lo diga, sino principalmente porque la Corte Suprema, en Sala de Casación, y en sentencia de diez de noviembre de mil novecientos veinte, decidió que 'la ley en la generalidad de los casos es siempre el título remoto de un derecho, como sucede en el contrato de venta: en otros casos es título próximo, **título único de derecho**, como cuando el legislador **hace una cesión a una persona jurídica o entidad de derecho público**' (subrayo yo). Esto viene como de molde, porque el Congreso de Colombia fue el que por medio de las dichas Leyes 63 y 18, hizo cesión de las referidas tierras a la entidad de derecho público, llamada Estado Soberano de Antioquia. De manera que aunque no se hubiera probado la entrega de los bonos, el derecho de la Sociedad sobre las tierras de que trata el juicio sería incontrovertible."

Observa la Corte que, aun dando por probado el error de hecho acusado, ello no daría lugar a casar la sentencia recurrida por las mismas razones expuestas en relación con el cargo marcado con el numeral 2º.

6º Afirma el recurrente que la sentencia viola los artículos 1565, 1566 y 1567 del Código Civil, en cuanto está fundada en los siguientes conceptos:

"En materia civil la ley no reconoce otras causas o preferencias que las instituídas en el Título 40 del Libro 4º del Código de la materia (artículo 2508); entre esas causas ninguna aprovecha a los bonos de baldíos. Los derechos que alega la Sociedad Agrícola y de Inmigración pueden ser considerados como obligaciones de género a cargo de la Nación, y por ello no puede dicha Sociedad oponerse a que la Nación enajene baldíos de la misma clase o género, mientras no compruebe que sólo quedan suficientes para la adjudicación a que tal Sociedad pueda tener derecho (artículo 1657 del Código Civil). Pero esa prueba no se ha dado en este juicio."

A esto arguye el recurrente:

"En primer lugar, habiendo estado siempre el ramo de terrenos baldíos regido por legislación especial, es improcedente la aplicación del Código Civil a dicho ramo, sea en general, o sea en su Título 40, del Libro 4º, en su artículo 2508. Eso sería tan absurdo, como aplicar las disposiciones de ese Código para decidir las controversias relativas a asuntos comerciales o de minas, que se rigen por legislaciones especiales.

"En segundo lugar, no es exacto, como lo afirma la sentencia, que los derechos que alega la Sociedad Agrícola y de Inmigración pueden ser considerados como obligación de género a cargo de la Nación; porque según los artículos 1565, 1566 y 1567 del Código Civil, invocados por la sentencia para apoyar su decisión, las obligaciones de género se refieren únicamente a bienes muebles propiamente tales; pues allí se habla de un indivi-

duo determinado, de una clase o género determinado, de que el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, etc., lo que no puede acontecer con bienes raíces, pues en ellos no caben varios individuos indeterminados de una misma clase, ni hay más que un solo género. Según esto, que no puede ser más fundado, porque aquellos artículos son de claridad meridiana en su letra y en su espíritu, carece de razón la sentencia cuando dice que la Sociedad Agrícola no puede oponerse a que la Nación enajene baldíos de la misma clase o género, mientras no compruebe que sólo queden terrenos suficientes a causa de tales enajenaciones para que se le adjudiquen a ellas las tierras a que cree tener derecho, y sobre de que debió traer esa prueba."

Observa la Corte que el concepto del Tribunal al decir que "los derechos que alega la Sociedad Agrícola y de Inmigración pueden ser considerados como obligaciones de género," es el de que la cesión hecha por dicha entidad a favor del Estado Soberano de Antioquia por medio de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, no es de cuerpo cierto y determinado, sino simplemente de cien mil hectáreas de tierras baldías," de las del territorio antioqueño (dice la primera de dichas leyes), y "cien mil hectáreas de tierras baldías a ambos lados del camino férreo, y en lotes alternados de a diez mil hectáreas, o los que se reserve la Nación o el Estado de Antioquia, en caso de que éste tome allí los que se le han cedido por leyes anteriores (dice la Ley 18 de 1874); en ninguno de esos documentos se determinaron los lotes de baldíos cedidos, señalándolos o individualizándolos, de modo que los hicieran inconfundibles con el resto de los baldíos situados en los mismos parajes, resulta infundado el cargo que se exmina.

7º Afirma el recurrente que la sentencia sujeta a este recurso viola los artículos 1º de la Ley 63 de 1872, 1º de la Ley 18 de 1874, y 200 del Código Político y Municipal, en el siguiente concepto que le sirve de fundamento:

"Los representantes de la entidad demandante—dice el Tribunal—fundan la preferencia que alegan en las Leyes 63 y 18, de las cuales sostienen que son especiales. No se puede negar que tales Leyes son especiales, pero su especialidad no puede comprender sino las materias de que ellas tratan, y entre éstas no se encuentra la preferencia. Si esa preferencia se funda en la facultad de escoger, se contesta que la misma facultad tienen y han tenido los que pretenden adquirir baldíos mediante la ocupación y el cultivo."

El recurrente arguye de este modo:

"La demanda funda en las citadas Leyes el derecho de preferencia que alega, no tanto por la especialidad de ellas, sino principalmente porque, conforme a las mismas, a las tierras se les dieron destinos especiales, al fomento de la inmigración las de la Ley 63, y para auxiliar y facilitar la construcción y explotación de la vía férrea, las de la Ley 18; pues cuando esto sucede, a las cosas así destinadas no se les puede dar otra aplicación, porque lo prohibe el artículo 200 del Código Político. De suerte que si alguien denuncia como baldía una porción de las tierras de que tratan dichas Leyes para que se les adjudique como colono o cultivador o como ocupante con ganados, su propósito tiene que ceder el campo en favor de quienes tengan los derechos conferidos por aquellas Leyes. Apliquese esto al caso del litigio a que aludo, y se verá que resalta la preferencia que invoca la demanda. De aquí resulta que no es en la facultad de esecoger en lo que la demanda basa su derecho de preferencia, y que si los denunciantes también tienen la facultad de escoger, no pueden ejercerla legalmente en terrenos destinados a fines éspeciales. Si esto no fuera así, se llegaría al absurdo de quedar sin efecto las leyes que consagran esas destinaciones especiales. Esa facultad de escoger la tiene el denunciante en los terrenos baldíos libres, no en los destinados antes por una ley a ciertos fines, o en que ya otro haya elegido en virtud de esa ley, como aconteció, según lo visto, en el numeral 2º de esta demanda."

Lo dicho en los puntos que preceden se hace extensivo a este nuevo cargo, ya que la tesis que sustenta el recurrente sería no sólo aceptable sino inobjetable, si en las leyes a que se refiere o en acto posterior se hubieran determinado por sus linderos, o en alguna otra forma que estableciera su identidad, los lotes de tierras baldías que por medio de esas leyes cedió la Nación al Estado Soberano de Antioquia.

8º Motivan esta nueva acusación los conceptos del Tribunal, contenidos en este párrafo de la sentencia:

"En las leyes generales sobre baldíos tampoco se establece ninguna preferencia en favor de los que pretenden tierras baldías con bonos de concesión o en favor de alguno de ellos. El Código Fiscal de 1873 no la establece. Varias leyes posteriores al Código (61 de 1874, 48 1882 y 56 de 1905) no hablan sólo de preferencia en favor de los colonos, sino de algo más: de derecho exclusivo en el terreno que ocupan y cultivan, pues les reconocen la propiedad, y no un simple derecho de pedir la adjudicación."

El recurrente ataca este fundamento del fallo, por tres motivos: en primer lugar, porque el Código Fiscal de 1873 y las leyes que lo adicionaban y reformaban dejaron de regir desde el año de mil novecientos doce, en que entró en vigencia el de ese año, y razón por la cual aquel Código y aquellas leyes citados por el Tribunal, no son aplicables a este juicio, iniciado en el año de mil novecientos veinticuatro. En segundo lugar, porque, aun suponiendo vigentes los textos legales citados por el párrafo de la sentencia que motiva este cargo, sus disposiciones, que son de carácter general, no serían aplicables al caso de este pleito, que ha de regirse por las disposiciones especiales de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874; y, además, porque según el artículo 1º de la Ley 61 de 1874, la ocupación y el cultivo no dan derecho de propiedad en los baldíos a los cuales la ley haya dado aplicación especial. En tercer lugar, expone el recurrente:

"No es en bonos de concesión en lo que la Sociedad Agrícola funda su derecho de preferencia, sino en las mencionadas Leyes 63 y 18, que son sus títulos, como sucesora que es de los derechos otorgados por ellas al Estado Soberano de Antioquia; porque, efectivamente, por esas Leyes se cedieron las tierras, así como el título del comprador de un inmueble es la escritura pública que le otorga el vendedor. Por eso la Corte Suprema, en Sala de Casación, tiene sentada esta doctrina legal:

'La ley, en la generalidad de los casos, es siempre el título remoto de un derecho, como sucede en los contratos de venta; en otros casos es título próximo, título único de derecho, como cuando el legislador **hace una**

cesión a un persona jurídica o entidad de derecho público.' (Sentencia de casación, de 10 de noviembre de 1920). (Subrayo yo).

"A esto no cabe réplica, y viene como de molde; pues fue el Congreso quien, por medio de las Leyes 63 y 18, varias veces citadas, le cedió trescientas mil hectáreas de tierras baldías a una entidad de derecho público, al Estado Soberano de Antioquia. Porque no hay que perder de vista, sino tenerlo muy presente, que lo cedido por esas Leyes fueron tierras, que tierras de esas fue lo que el Estado de Antioquia le cedió al señor Cisneros, y tierras lo que éste aportó a la Sociedad Agrícola y de Inmigración. En prueba de ello, véanse dichas Leyes, los contratos y las escrituras del cuaderno de pruebas del demandante. Si por convenio entre el cedente, la Nación y el cesionario, el Estado de Antioquia, se emitieron bonos relativos a las tierras cedidas, y si en el artículo 2º de la escritura social se dijo que el capital de la Sociedad se componía: 'de doscientas mil hectáreas de tierras en títulos de baldíos.....,' todo eso no varió la naturaleza de las cosas, de tal manera que esos títulos abrogan las leyes concesionarias, quedando en lugar de ellas, tanto menos cuanto que títulos no es sinónimo de bonos, y que sin duda los contratantes emplearon la palabra título como significativo de las memoradas leyes, que verdaderamente son títulos, según lo dicho en este mismo párrafo. Los tales bonos no eran necesarios, conforme al Código Fiscal de 1873 y las Leyes 63 y 18, porque no los prescribían. Por otra parte, los bonos emitidos por el convenio de que se ha hablado, no son bonos de concesión, nombre que se daba a otros emitidos al portador, mientras que aquéllos son especialísimos y nominales."

Es indudable que cuando la Nación, por medio de una ley, cede a una persona jurídica o entidad de derecho público un lote de terreno baldío, determinándolo con tal precisión que lo haga inconfundible con el resto de los baldíos de que ella puede disponer, sea expresando los linderos del lote cedido, o diciendo, por ejemplo, cédese a tal entidad los baldíos que se hallan en el territorio de tal Municipio o Corregimiento, o como en el caso de autos, una zona de terrenos baldíos de tántos metros de ancho a ambos lados del camino férreo, en toda su extensión, es claro que desde que tal ley fuera promulgada, la Nación no podría adjudicar a cultivadores, posteriormente establecidos, ni a cambio de títulos de concesión, porción alguna de los baldíos comprendidos en esa zona o en aquel territorio; pues aun en caso de que para la adjudicación definitiva faltare el lleno de alguna formalidad, ya se les había dado por la ley una especial destinación; mas esto no ocurre en el caso de autos, porque, como viene dicho, ni en los términos de las leyes invocadas por la Sociedad demandante ni de acto posterior, resultan determinados, de modo inconfundible, lotes de baldíos que por medio de esas Leyes fueron cedidos al Estado Soberano de Antioquia. Esta sola consideración, ya consignada en otros puntos que preceden, hace innecesario entrar a otras apreciaciones acerca de los otros reparos que integran este cargo.

9º En este último capítulo de la demanda de casación por la primera causal, ataca el recurrente los conceptos consignados en el siguiente párrafo de la sentencia:

"La Ley 110 de 1912 dispone que entre los diversos denunciantes, con fundamentos en títulos de concesión, hay preferencia por razón de la fecha del denuncio (artículo 90).

"El artículo 47 dice en su parte final, refiriéndose en general a las adjudicaciones, que éstas dejan 'a salvo los derechos de los cultivadores o colonos.' Véase, además, la Ley 71 de 1917.

"Las disposiciones 51, 59, 79, 80 y 84 conceden ventajas, preferencias o privilegios en favor de los mismos.

" Y el aparte **b)** del artículo 88, en concordancia con el artículo 47, prohibe indirectamente la adjudicación de baldíos ocupados por cultivadores o colonos a individuos o entidades que los pretendan con bonos de concesión."

Vuelve a observar el recurrente que el caso de estos autos no se rige por la Ley 110 de 1912, sino por la 63 de 1872 y la 18 de 1874; que los lotes de baldíos cedidos por estas leyes quedaron debidamente determinados por la manifestación que al Ministerio de Obras Públicas hizo el apoderado de la Sociedad Agrícola, doctor Clímaco A. Paláu, en su memorial de diez y nueve de mayo de mil novecientos once, de que se hizo mérito en las consideraciones referentes al cargo marcado con el numeral 2º, y de ello deduce que las doscientas mil hectáreas de baldíos, determinadas por los linderos que en el referido memorial fijó el doctor Paláu, quedaron, desde esa fecha, debidamente determinadas, y que "siendo ese derecho un derecho civil legítimamente adquirido, no se le puede desconocer ni vulnerar por una ley posterior, cual lo es el actual Código Fiscal, según el artículo 31 de la Constitución. Puede decirse que aquel artículo 31 lo es también del Código Civil.

"El artículo 202 de la Constitución ampara también de manera especial los derechos que invoca la Sociedad."

Concluye el recurrente afirmando que la sentencia viola las disposiciones legales citadas en el párrafo aquí transcrito y los artículos 31 y 202 de la Constitución.

Como se ve, todas las razones aducidas para sustentar este cargo son una repetición de las expuestas por el recurrente en los cargos que preceden, y que ya han sido tomadas en consideración. Es, por tanto, igualmente infundado este último cargo.

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, declara: no hay lugar a infirmar la sentencia recurrida, proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, el veintitrés de octubre de mil novecientos treinta.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—El Conjuez, **Jesús Perilla V.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

La sentencia proferida por el Tribunal de Tunja el diez y ocho de septiembre de mil novecientos veintinueve, se infirmó por esta Superioridad, y se dispuso, antes de fallar en instancia, que se practicara una inspección ocular como auto para mejor proveer.

Esa inspección se practicó, y según la exposición de los peritos resulta: que el lote de terreno denominado **El Páramo**, que la Sociedad comercial Forero Franco y

Compañía vendió a las señoritas Josefina y María Franco González, encierra el terreno a que se refiere la demanda; que el lote de terreno alinderado en la demanda está comprendido en su totalidad dentro de los linderos del terreno denominado **El Páramo**; que el terreno determinado en la demanda está comprendido íntegramente dentro de los linderos señalados en las escrituras números 1859, de veintinueve de octubre de mil novecientos cuatro, y 2126, de veintitrés de octubre de mil novecientos doce.

El Tribunal, para librar el pleito en contra de las demandantes, hizo estas consideraciones:

"El demandante, con el objeto de comprobar su dominio sobre el terreno materia de esta litis, trajo a los autos títulos que remontan al siglo XVII. Todos ellos, e igualmente las inspecciones oculares, las copias de juicios posesorios, los testimonios, los documentos privados, y en fin, la integridad de las pruebas presentadas han sido cuidadosamente estudiadas por el Tribunal. Del estudio se concluye que, por lo menos desde el año de mil ochocientos cuarenta y cuatro, en que fueron avaluados los bienes de la sucesión de Francisco Antonio Franco, quien había comprado tierras en **Mata** y **Pavas**, del Municipio de Somondoco, los títulos se refieren a un terreno en cuyos linderos está comprendido el lote demandado. Pero resulta también que la cadena de títulos que viene a presentar como dueño el doctor Ignacio Franco Pinzón, por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de su madre Rita Pinzón, en el año de mil ochocientos cincuenta y cinco, y por compras que él hizo de sus respectivos derechos a los otros adjudicatarios, sus hermanos José María (en el año de mil ochocientos cincuenta y siete), y Celso (mil ochocientos cincuenta y seis), se interrumpe con la escritura número 979, otorgada ante el Notario 2º de Bogotá, el cuatro de junio de mil novecientos cuatro, según la cual, el doctor Franco vendió a la Sociedad Forero Franco y Compañía, representada por el doctor Guillermo Forero, varios bienes, entre los cuales aparece **El Páramo**, ubicado en Somondoco, del cual hace parte el terreno demandado. La copia de tal escritura, traída a los autos, aparece sin ninguna constancia de haber sido registrada, lo que quiere decir que no está demostrado que con ella se hubiera cumplido tradición de los bienes inmuebles de que trata, ya que la tradición de fincas raíces no se cumple en nuestro Derecho Civil sino por medio del registro (artículo 756 del Código Civil). En otros términos: la Sociedad Forero Franco y Compañía no adquirió el dominio del terreno en cuestión, ni ese dominio salió del patrimonio del doctor Ignacio Franco Pinzón. Ese título presentado por las demandantes, como eslabón de su cadena, no fue suficiente para transferir dominio de bienes inmuebles.

"Establecida esta solución de continuidad, debe estudiarse lo que pasó con posterioridad al mes de junio de mil novecientos cuatro, para saber si los títulos subsiguientes son bastantes para radicar el dominio en las demandantes señora Elena Franco de Franco y señoritas María y Josefina del mismo apellido.

"En el año mencionado, en octubre, el señor Ignacio Franco González, hablando como representante de la Sociedad Forero Franco y Compañía, vendió a las señoritas Francos los mismos terrenos de que trata la escritura que acaba de citarse, por medio del instrumento público número 1259, pasado ante la Notaría 2ª de Bogotá, el cual fue debidamente registrado.

"En escritura otorgada en la misma Notaría el veintitrés de octubre de mil novecientos doce, y registrada el nueve de noviembre siguiente, las señoras Sara Castañeda de Currea, María y Josefina Franco, Ignacio Franco G., Pablo Antonio Franco y Enrique Gamboa, las tres primeras en su propio nombre, y Josefina, además, en nombre de la señorita Elvia Franco G.; Pablo Antonio Franco, con poder de la señora Elena Franco de Franco, y Enrique Gamboa, con poder de las señoritas Lucrecia y Gabriela Forero Franco, declararon que los bienes que en la escritura se relacionan, entre los cuales está **El Páramo**, aunque figuran como de propiedad exclusiva de algunos de los otorgantes, pertenece en realidad a la comunidad formada por todos ellos, y que los contratos y escrituras respectivos no se han hecho para transmitir el dominio de esos comuneros, sino para que fueran repartidos entre los otorgantes. En la misma escritura se hace la división de bienes y se adjudica **El Páramo** a las tres señoras demandantes."

El registro que el Tribunal echó menos de la escritura número 979, de cuatro de junio de mil novecientos cuatro, se acompañó en virtud del auto para mejor proveer, de manera que la interrupción que encontró el Tribunal en la cadena de títulos del demandante se halla hoy subsanada a virtud de ese registro.

Es cierto que las señoritas Josefina y María Franco dijeron que el terreno que mencionan las escrituras a que hace relación el Tribunal en la parte copiada, pertenecía a una comunidad formada por todas las otorgantes, pero también lo es que esos títulos, como traslaticios de dominio, radicaron la propiedad del terreno **El Páramo** en cabeza de dichas señoritas, puesto que ellos conservan todo su valor. Pero suponiendo que se tuvieran en cuenta esas manifestaciones, es lo cierto que el terreno les correspondió a las señoritas demandantes en la división que se hizo por escritura debidamente registrada, y que se acompañó a los autos.

En cuanto a la excepción de prescripción, tanto ordinaria como extraordinaria que hicieron valer los demandados, se observa: los peritos en la inspección practicada por orden de la Corte, apenas dijeron que el lote de la disputa estaba comprendido dentro de los linderos de las escrituras números 542, de dos de octubre de mil novecientos trece, y 243, de veinte de marzo de mil novecientos diez y seis, títulos presentados por el señor Vaca; no se sabe si el terreno reivindicado estará comprendido dentro de los linderos de los títulos presentados por el General Daza.

Respecto del señor Vaca no ha podido consumarse la prescripción ordinaria, porque el título más antiguo remonta sólo a mil novecientos trece, y la posesión se le interrumpió por la notificación de la demanda, el diez de febrero de mil novecientos diez y nueve.

En cuanto al General Daza, no hay prueba de que los terrenos reivindicados estén comprendidos dentro de sus títulos.

No se ha demostrado que los demandados sean poseedores de mala fe.

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, falla:

Primero. Las demandantes son dueñas de un globo de tierra ubicado en las veredas de **Mata** y **Pavas**, antigua-

mente, y hoy **Mahoma o San Sebastián**, y **El Potrero**, antiguamente, y hoy **El Molino**, jurisdicción de los Municipios de Somondoco y La Trinidad, y demarcado así: por el pie de un mojón que está colocado sobre la cuchilla continuación del cerro de Somondoco, adelante del punto denominado **El Cerezo**, a otro que está al pie de un zorquín en la orilla de la quebrada **Cuya**, y de aquí se sigue la quebrada de para arriba, hasta encontrar el corte del bosque, y de aquí, línea recta, a encontrar una rastra; ésta, de para abajo, hasta frente al mojón del zorquín, y de este punto, a un volcán o derrumbe, y de aquí a la cuchilla más alta, que es el límite de los Departamentos de Cundinamarca y Boyacá, linda con terreno de los demandantes; por un costado, la cuchilla continuación del cerro negro hasta frente al nacimiento de la quebrada **Risatá**, linda con la línea que sirve de límite a los Departamentos de Boyacá y Cundinamarca; por la cabecera del punto de la cuchilla del cerro negro, que queda frente al nacimiento de la quebrada **Risatá**, a dar a la cuchilla continuación del cerro de Somondoco, linda con los terrenos denominados **Guarumal**, y por el último costado, toda la cuchilla, hasta el punto mencionado al principio.

Segundo. Los demandados deben restituir el predio determinado anteriormente, con sus frutos naturales y civiles, percibidos después de la contestación de la demanda. En lo demás se estará a lo prescrito en el artículo 964 y siguientes del Código Civil. A los demandantes se procederá a ponerlos en posesión material del inmueble (artículo 551, Código Judicial), dentro del plazo que señale el Juez de la instancia.

Tercero. No está probada la excepción de prescripción alegada.

Cuarto. Se absuelve a los demandados de los demás cargos de la demanda

Quinto. Revócase la sentencia de primera instancia.

Sexto. Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio trece de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

El doctor Salustiano Fortich Villarreal, obrando como apoderado de la señora María del Carmen Gracia de Flórez, autorizada por su esposo Pedro A. Flórez, propuso ante el Juzgado del Circuito de Chinú demanda civil ordinaria contra la sucesión testamentaria del finado José Pío Gracia, para que con audiencia de los herederos universales instituídos en el testamento de dicho señor Gracia, como representantes de la sucesión, a saber: María del Carmen (llamada Carmelina) Gracia viuda de Espinosa, Manuela Rudesinda Gracia de Muskus y Zoila Rosa Gracia de Sagre, representadas éstas por sus legítimos esposos, señores Anselmo Muskus y Jorge Sagre, José Pío Gracia y los menores Pedro Angel y Juan Nepomuceno Gracia, representados por su curador doctor Juan A. de la Espriella, y con audiencia también del albacea, señor José Domingo Gracia, se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que la sucesión del finado José Pío Gracia, representada por los herederos universales instituídos en el testamento de dicho señor, de fecha diez y seis de junio de mil novecientos veintiuno, y que son los señores José Domingo, José Pío, Pedro Angel, Juan Nepomuceno Gracia, María del Carmen (llamada Carmelina) Gracia viuda de Espinosa, Manuela Rudesinda Gracia de Muskus y Zoila Rosa Gracia de Sagre, cuyas generalidades quedan ya expresadas, se encuentra obligada a pagarle a mi poderdante señora María del Carmen Gracia de Flórez, la suma de cincuenta mil pesos ($ 50,000) oro americano, a que tiene derecho como acreedora testamentaria, de acuerdo con la cláusula 4ª del testamento del finado señor Gracia, que copiada a la letra dice:

'Declaro que soy deudor juntamente con la sucesión de mi finado hermano Pedro Angel Gracia, de la señora María del Carmen Gracia de Flórez, por la suma de cincuenta mil pesos oro americano.'

"2ª Que en caso que no se considere como deuda testamentaria del causante la confesión hecha por éste en la cláusula 4ª de su testamento, la misma sucesión, representada por los herederos universales que dejo ya indicados, se encuentra obligada, subsidiariamente, a pagar a mi representada señora María del Carmen Gracia de Flórez la misma suma de cincuenta mil pesos oro americano, en su condición de legataria, por constituír la confesión hecha en la cláusula 4ª del testamento, un legado gratuito, que los herederos están obligados a pagar religiosamente con los bienes pertenecientes a la sucesión, para cumplir con la última voluntad del testador.

"3ª Que ya sea que se considere la confesión hecha por el testador, en las tántas veces indicada cláusula de su testamento, como deuda testamentaria del causante José Pío Gracia, o subsidiariamente, como un legado gratuito, por liberalidad del testador, en uno u otro caso los herederos universales que ya he especificado, se encuentran obligados a pagarle a mi mandante, señora Gracia de Flórez, la suma de cincuenta mil pesos oro americano, que reza la cláusula testamentaria, de los bienes pertenecientes a la sucesión que representan, en la población de Sahagún, jurisdicción de este Circuito Judicial, seis días después de ejecutoriada la respectiva sentencia, por haber sido esa población el último domicilio del testador, y ser actualmente el de los herederos universales.

"4ª Que tanto los herederos universales como el albacea testamentario se encuentran obligados a señalar un lote o hijuela de los bienes pertencientes a la sucesión, en cantidad suficiente para cubrir a mi mandante la suma de cincuenta mil pesos oro americano que reclama, y que en caso de que así no lo hiciere, serán responsables, de conformidad con lo establecido en los artículos 1343 y 1344 y concordantes del Código Civil; y

"5ª Que la sucesión del finado señor José Pío Gracia, representada por sus herederos universales, se encuentra obligada a pagarle a mi mandante las costas o gastos que a ésta se le originen por el presente juicio, en caso de que tales herederos se opongan al pago de la suma estipulada en la cláusula testamentaria, cuya efectividad solicita por mi conducto."

Fúndase la demanda en los siguientes hechos:

"1º En que en el testamento otorgado por el señor José Pío Gracia, ya finado, que lleva fecha diez y seis de ju-

nio de mil novecientos veintiuno, se encuentra la cláusula 4ª, por medio de la cual el testador señor Gracia se declara lisa y llanamente, sin condición ninguna, deudor de mi poderdante señora María del Carmen Gracia de Flórez, por la suma de cincuenta mil pesos oro americano, y es ella, por tanto, una confesión explícita de la existencia de la obligación.

"2º En que aun cuando en la expresada cláusula se dice que la deuda existe juntamente con la sucesión del finado Pedro A. Gracia, la confesión categórica que en ella se hace, únicamente perjudica al testador que consignó en el testamento, representado hoy por sus herederos universales, y no a terceras personas que no se han confesado deudores.

"3º En que el uso del adverbio **juntamente**, que se hace en la mencionada cláusula 4ª, no puede significar otra cosa distinta al hecho de que la obligación en ella contenida existe a un mismo tiempo, tanto para el testador señor José Pío Gracia como para la sucesión de su hermano Pedro A. Gracia, y puede, de consiguiente, exigirse su cumplimiento en su totalidad, principalmente contra la sucesión de quien hizo la confesión explícita de la existencia de la obligación en contra de él, por ser esa persona y no otra la obligada o comprometida por sus confesiones expresas, que no pueden alcanzar o comprometer a terceros extraños.

"4º En que la confesión consignada en el testamento en relación a la existencia de la deuda a cargo del confesante, que lo es el testador, se debe tener como legado gratuito, en caso que llegue a confrontarse lo estatuído en el artículo 1191 del Código Civil.

"5º En que si se considera como legado gratuito la confesión hecha en el testamento, ese acto de desprendimiento sólo puede obligar a la sucesión de la persona que hizo la respectiva consignación a título singular, y de ninguna manera a otras personas ajenas a dicho acto, y, por tanto, su cumplimiento en la totalidad de la suma que reza el legado corresponde a los herederos de la persona que lo hizo para que tuviera efecto después de sus días.

"6º En que la obligación que reconoce el testador señor José Pío Gracia en su testamento, no ha sido cumplida en todo ni en parte por persona alguna, y como se conserva en la plenitud de su validez, debe cumplirse por los herederos universales.

"7º En que el finado José Pío Gracia no ha gravado con la obligación especificada en la cláusula 4ª de su testamento a ninguno de sus herederos universales en particular, ni a sus legatarios, circunstancia ésta que hace que se mire la tal obligación como carga de los herederos en común, que afecta la totalidad del acervo o masa de bienes dejados por el difunto.

"8º En que como los acreedores testamentarios sólo pueden ejercer las acciones a que les da derecho el testamento, de acuerdo con lo estatuído en el artículo 1417 del Código Civil, y como el derecho que le asiste a mi mandante, originario de la cláusula 4ª del testamento, no puede ejercitarlo contra persona determinada a quien el testador le hubiera impuesto en particular la carga de cumplir con la obligación por él confesada, puesto que el testador no ha designado esa persona dentro de sus herederos y legatario, es el caso de que mi representada ejercite la acción contra los herederos universales instituídos en el testamento.

"9º En que para el caso de que la confesión hecha por el testador en la cláusula 4ª del testamento, se estime nó como una deuda testamentaria sino como legado gratuito, que conservará tal carácter, en el supuesto de que no sea propiamente deuda del testador, mi poderdante tiene derecho semejante al de cualquiera de los otros legatarios instituídos en el testamento, para obtener que de los bienes de la sucesión se le pague el valor del legado.

"10. En que los señores José Domingo, José Pío, Pedro Angel y Juan Nepomuceno Gracia, María del Carmen (llamada Carmelina) Gracia viuda de Espinosa, Manuela Rudesinda Gracia de Muskus y Zoila Rosa Gracia de Sagre, representadas las dos últimas por sus legítimos esposos señores Anselmo Muskus y Jorge Sagre, respectivamente, son los herederos universales del finado señor José Pío Gracia, por haberlos éste instituído así en su testamento, fechado el diez y seis de junio de mil novecientos veintiuno, y por tanto, son ellos en conjunto los obligados a cumplir las obligaciones existentes contra la sucesión que representan, por haber aceptado la calidad de herederos, y deben también pagar los legados especificados en el testamento del causante.

"11. En que los herederos ya relacionados se niegan a cumplir el mandato del testador, circunstancia que obliga a mi representada a ocurrir a la autoridad judicial demandando la efectividad de su derecho, que es originario del mismo testamento otorgado por la persona de cuya sucesión se trata, y por su negativa temeraria deben ser condenados a pagar las costas del juicio.

"12. En que tratándose de la confesión sobre la existencia de una obligación de deber a cargo del confesante hecha en el texto de un testamento cerrado, como lo es el del señor José Pío Gracia, tal obligación, en el caso de constar en otro documento distinto al acto testamentario, sólo vino a tener vida jurídica desde el día del fallecimiento del testador, pues desde esa fecha es cuando puede decirse que el testamento produce sus efectos jurídicos, motivo por el cual no debe identificarse con cualquiera otra obligación que con anterioridad a la fecha de la muerte del testador hubiera existido entre éste y mi mandante.

"13. En que el señor José Pío Gracia, autor del testamento de fecha diez y seis de junio de mil novecientos veintiuno, que obra en el juicio de sucesión radicado en ese Juzgado, falleció en la población de Sahagún en el curso del presente año, sin dejar herederos forzosos o legitimarios; pudiendo, de consigiente, disponer libremente de todos sus bienes por acto testamentario, sin perjuicio de ninguno y sin violentar los principios legales que regulan la facultad de testar en nuestra legislación sustantiva, de manera que bien pudo constituir en sus disposiciones testamentarias un legado gratuito; y

"14. En que el testamento del señor José Pío Gracia, fechado el diez y seis de junio de mil novecientos veintiuno, que es el mismo que figura en el juicio de sucesión radicado en ese Juzgado, se encuentra en la plenitud de su validez, por no haber sido revocado ni reformado en ninguna de sus partes legalmente, es decir, por otro acto testamentario."

Como fundamentos de derecho alegó la demandante los artículos 162, 555, 564, 585, 929 y demás concordantes

del Código Judicial; 17 de la Ley 72 de 1890; 34 y 35 de la Ley 153 de 1887; numeral 2º del artículo 50 de la Ley 57 de 1887, y 1055, 1080, 1113, 1124, 1127, 1191, 1212, 1343, 1344, 1387, 1417, 1430 y concordantes del Código Civil.

El apoderado de los demandados mayores de edad y curador de los menores, contestaron la demanda, oponiéndose a las declaraciones pedidas, y en cuanto a los hechos, sólo aceptaron el carácter o condición en que fueron demandados, pues en todo lo demás negaron los hechos en que se apoya la demanda.

Por sentencia de catorce de octubre de mil novecientos veintiséis, el Juez desató la litis, absolviendo a los demandados de todos los cargos de la demanda.

El apoderado de la parte actora apeló de ese fallo, y el Tribunal Superior de Cartagena, por sentencia de veintidós de noviembre de mil novecientos veintinueve, confirmó el de primera instancia.

El apoderado de la parte demandante interpuso y fundó ante el Tribunal el recurso de casación contra la aludida sentencia, alegando la primera de las causales de que trata el artículo 2º de la Ley 169 de 1896. También fue fundado el recurso ante esta Superioridad, dentro del término legal. Siendo admisible dicho recurso, entra la Corte a decidirlo, comenzando por el estudio de la demanda presentada ante el Tribunal.

Para mejor inteligencia del caso de autos, precisa tener en cuenta algunos antecedentes, que habrán de historiarse brevemente:

Por escritura pública número 101, de veinticinco de octubre de mil novecientos diez y seis, otorgada ante el Notario del Circuito de Sahagún, los señores José Pío, Pedro Angel, Zoila Rosa, José Domingo Gracia y María del Carmen Gracia de Flórez dijeron constituír una sociedad colectiva y civil de comercio, que habría de ocuparse especialmente en la compra y venta de ganado vacuno; el capital de la Sociedad, a la época de su constitución, fue de $ 20,000 oro americano. La Sociedad debía expirar al cabo de cinco años, contados desde el primero de diciembre del año dicho. Posteriormente, por escritura pública número 115, otorgada ante la Notaría ya expresada, el once de diciembre del mismo año (mil novecientos diez y seis), el capital de la Sociedad fue elevado, de común acuerdo, a la suma de $ 354,359-30 oro americano.

Por escritura pública número 103, de tres de septiembre de mil novecientos veinte, de la misma Notaría, un año largo antes de la fecha prefijada para la expiración de la nombrada Sociedad, la cual, según reza este instrumento, fue disuelta por escritura pública número 78, de diez de julio de mil novecientos veinte, los señores José Pío y Pedro Angel Gracia compraron a María del Carmen Gracia de Flórez todos los derechos que ella tenía en la Sociedad precitada, en la suma de $ 240,000 oro americano. De esa suma consta en la escritura de venta, que $ 40,000 le fueron cubiertos al contado; $ 100,000 se pagaron en documentos privados, debidamente traspasados; y respecto de los $ 100,000 restantes, se estipuló dividirlos en dos contados, de $ 50,000 cada uno, pagaderos, el primer contado, con plazo de seis meses, y el segundo con plazo de un año.

El primer contado se descompuso a su vez en dos cantidades, por $ 37,500 la una, y $ 12,500 la otra, pagándose la primera en ganado (825 novillos de tres, cuatro y cinco años de edad), y la segunda en un pagaré, suscrito por José Pío y Pedro Angel Gracia a favor de Pedro A. Flórez, quien a su vez lo endosó a David A. Gómez. La cancelación de este primer contado por $ 50,000, además de haberse hecho constar por documentos privados, se hizo constar también por medio de la escritura pública número 92, de veintitrés de septiembre de mil novecientos veintiuno.

El pagaré por $ 12,500, otorgado el diez y ocho de diciembre de mil novecientos veinte, fecha en que se pagó en ganado la suma de $ 37,500, vencía el veintiocho de febrero de mil novecientos veintiuno. El veintiséis de enero de este año otorgó testamento cerrado Pedro A. Gracia, designado como su albacea, con tenencia de bienes, a su hermano José Pío. Para esa fecha aún no había vencido el pagaré de que se ha hecho mérito, y de ahí que Pedro Angel, en la cláusula 5ª de su testamento, dijera:

"Declaro que soy deudor juntamente con mi hermano José Pío Gracia, por partes iguales, del señor Pedro A. Flórez, como marido legítimo de María del Carmen Gracia de Flórez, por la cantidad de sesenta y dos mil quinientos pesos ($ 62,500) oro americano."

El veintiuno de marzo de mil novecientos veintiuno, muerto ya Pedro Angel Gracia, su hermano José Pío canceló el pagaré por $ 12,500 al señor David A. Gómez, a quien, como se ha dicho, fue endosado por Pedro A. Flórez. Para esa fecha la deuda de los hermanos Gracia había quedado reducida a la suma de $ 50,000, valor del segundo y último contado.

El diez y seis de junio de mil novecientos veintiuno, José Pío Gracia otorgó también testamento cerrado, y en la cláusula 4ª de su testamento dijo:

"Declaro que soy deudor juntamente con la sucesión de mi finado hermano Pedro Angel Gracia, de la señora María del Carmen Gracia de Flórez, por la suma de $ 50,000 oro americano."

Posteriormente, por escritura pública número 111, de veintisiete de noviembre de mil novecientos veintidós, otorgada ante el Notario de Sahagún, esto es, un año largo después de haber otorgado José Pío su memoria testamentaria, Gregorio Flórez Gracia, obrando como apoderado general de Pedro A. Flórez, declara cancelada "por pago la obligación contenida en la escritura pública número 103, otorgada en esta misma Notaría el día tres de septiembre de mil novecientos veinte, o sea la referente al último contado de cincuenta mil pesos ($ 50,000) oro americano, que ha sido pagado por el señor José Pío Gracia, juntamente con sus correspondientes intereses, de uno por ciento (1 por 100) mensual."

Como resulta de la relación que precede, cuando Pedro Angel Gracia otorgó su testamento (veintiséis de enero de mil novecientos veintiuno), debía junto con su hermano José Pío, a la demandante, $ 62,500, suma de que se declara deudor en su memoria testamentaria; y cuando José Pío Gracia testó (diez y seis de junio de mil novecientos veintiuno), debía, con la sucesión de su hermano, como lo declara en la cláusula 4ª de su testamento, la suma de $ 50,000 oro americano.

No obstante haber cancelado José Pío Gracia el último contado de que habla la escritura número 103, que se acaba de transcribir, dejando así extinguida la deuda de $ 240,000 oro americano, en que fueron justipreciados los derechos que en la extinguida Sociedad Gracia Hermanos & Co., tenía la señora María del Carmen Gracia de Flórez, no reformó su testamento de diez y seis de

junio de mil novecientos veintiuno, bajo el imperio de cuyas disposiciones murió en septiembre de mil novecientos veinticinco.

La existencia de la cláusula 4ª del testamento de José Pio Gracia, en que éste se declara deudor, junto con la sucesión de su hermano Pedro, de la señora Gracia de Flórez, por la suma de $ 50,000 oro americano, es la causa del presente litigio.

Como se deja dicho, el personero de la demandante ante el Tribunal alega la primera causal de casación, acusando como violados por el sentenciador, por efecto de una interpretación errónea, los artículos 1120 y 1191 del Código Civil.

En apoyo de esa causal, copia el recurrente el siguiente concepto de la sentencia recurrida, que él considera desprovisto de fundamento y generador de las conclusiones erradas a que llegó el Tribunal en su fallo:

"Todo legado, sea por causa oneroso o por causa gratuita, emana de una liberalidad del testador, y si ésta no existe no hay legado. Pero si el legado es una liberalidad, ¿cómo es posible que se considere como legado una cosa que no lo es en verdad, porque el testador la debía, y antes de morir ha satisfecho esa deuda?"

Considera el recurrente aventurado y peligroso el principio que asienta el Tribunal en el párrafo transcrito de su sentencia, porque parace dar a entender con él que todo legado debe expresar la causa por la cual se hace, ya sea la liberalidad en el testador o cualquiera otro motivo, principio que, aplicado al caso de autos, llevaría a esta conclusión:

"El legado contenido en la cláusula 4ª del testamento del finado José Pío Gracia no expresa la causa, y como no hay motivo para suponer la intención puramente liberal en el testador, es consecuencia lógica que el legado no existe como tál. Ahora: como entre el testador y la señora Gracia de Flórez existieron relaciones comerciales, según viene demostrado en el proceso, más lógico es suponer que la cláusula testamentaria se refiere más bien a una deuda existente entre dichos señores."

La liberalidad en las asignaciones en que no se expresa el motivo determinante, es causa suficiente—dice el recurrente—de acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil, porque ella es una suposición, una ficción de la ley, una presunción legal, y en el caso de autos, más que una presunción, hay fundamentos positivos de que el testador, ligado con vínculos de sangre con el legatario, de quien es hermano, quiso ejercer para con éste un acto de pura liberalidad.

Se considera:

No encuentra la Corte la errónea interpretación que el recurrente deduce del concepto anotado del Tribunal. Porque éste no ha dicho que la sola liberalidad no es causa suficiente de obligación, sino que, no puede considerarse como legado una declaración del testador, en que se advierte claramente una causa distinta de la mera liberalidad, o sea una confesión, en que el testador declara deber una suma que antes de morir había pagado. Deduce el Tribunal que no hay liberalidad en la confesión consignada por el testador en la cláusula 4ª de su testamento, porque no aparece que su intención fuera instituir a su hermana legataria, sino reconocerle una deuda, que, aunque existente a la época en que él la declara en su testamento, al tiempo de morir ya había sido extinguida. No ha asegurado el Tribunal, como lo afirma el recurrente, que no hay liberalidad en una asignación en que se calla la causa, o que es necesario expresar ésta para que haya legado, ni que todo legado debe expresar la causa, sino que no puede estimarse como legado la declaración del testador, porque aparece demostrado que la suma de que se declara deudor en su testamento, es la misma que antes de su muerte había cancelado.

La consideración de que José Pío Gracia no tenía porqué consignar en un acto, que debía cumplirse después de sus días, una deuda, respecto de la cual existían pruebas preestablecidas de valor indiscutible; y el hecho de que el testador, no obstante haber pagado los $ 50,000 oro americano, no hubiera reformado su testamento en el tiempo que transcurrió entre la fecha del pago (veintisiete de noviembre de mil novecientos veintidós) y su muerte (septiembre de mil novecientos veinticinco), no son razones inequívocas para concluír que la cláusula en que se declara deudor no se refiera a la misma deuda, que a la época en que se confeccionó el testamento su autor debía realmente; pues pudo ser que el testador no lo creyera necesario, por la existencia precisamente de pruebas preconstituídas sobre aquella deuda.

Tuvo también en cuenta el Tribunal que el testador, según se lee en su memoria testamentaria, además de la institución de sus herederos universales, por cantidades determinadas, hizo varias asignaciones a título singular, empleando en todas la expresión **lego**; y que lo más probable es que si hubiera estado en el ánimo del testador favorecer a la demandante con la suma de cincuenta mil pesos ($ 50,000) oro americano a título de legado, lo hubiera expresado allí claramente, mientras que redactó por separado la cláusula 4ª, con la misma claridad de sus demás disposiciones, y en ella reconoce la deuda de cincuenta mil pesos ($ 50,000) oro americano, pero conjuntamente con Pedro Angel Gracia, por partes iguales. De estos dos indicios graves y perfectamente comprobados, prescinde el recurrente en sus razonamientos, para concluír que esa deuda no tiene causa distinta de la mera liberalidad, y dice que al sostener lo contrario, el Tribunal violó el artículo 1120 del Código Civil, sin tener en cuenta que la interpretación de la expresada cláusula, deducida de esos indicios y de otros elementos del proceso, es cuestión exclusiva del criterio y conciencia del juzgador, que la Corte en casación no puede variar, sin que aparezca un error evidente en contrario, error que el recurrente no ha demostrado. El cargo es, pues, inadmisible.

En cuanto a la violación del artículo 1191 del Código Civil, dice el recurrente ante el Tribunal que esta disposición, complementada por la del artículo 1120 de la misma obra, establece el principio de que un testador puede declararse deudor de determinada persona con el objeto de favorecerla, como lo hizo José Pío Gracia en la cláusula 4ª de su testamento, en que lisa y llanamente, en sentir del autor del recurso, declaró aquél deber a la demandante la suma de cincuenta mil pesos ($ 50,000), oro americano, en atención a los vínculos de sangre que existían entre los dos, por ser hermanos legítimos; pero que el Tribunal, sin que exista el principio de prueba por escrito, exigido por el artículo 1191 del Código Civil, ni conexión entre la confesión del testador y las relaciones comerciales mantenidas con su hermana, que el re-

currente admite con su representada, declaró que la deuda así confesada es una consecuencia de tales relaciones. Pero la Corte observa en primer término que el reconocimiento de la deuda hecho por el testador José Pío Gracia no es liso y llano, como lo pretende el recurrente, sino que aquél dice que debe la suma de cincuenta mil pesos ($ 50,000) a María del Carmen Gracia, juntamente con Pedro Angel Gracia, circunstancia esta última que influyó sin duda en el sentenciador para deducir relación estrecha entre la deuda confesada y la que aparece, no sólo de principio de prueba escrita, sino de documentos auténticos provenientes de relaciones comerciales habidas entre la demandante y José Pío y Pedro Angel Gracia. Es sabido que la relación más o menos estrecha que el sentenciador halla en dos hechos comprobados para deducir una conclusión, es cuestión que escapa a la casación, porque en ello obra el criterio del juzgador, que es soberano, mientras no aparezca un error evidente de hecho, que en este caso no aparece.

El apoderado de la demandante ante la Corte acusa la sentencia por violación también del artículo 1191 del Código Civil, en varios conceptos:

a) Porque el Tribunal, después de llegar a la conclusión de que no se ha pedido por la demandante el reconocimiento de una deuda hereditaria, sino el de una testamentaria, plantea el problema en los siguientes términos:

"En el caso concreto de la cláusula 4ª del testamento del finado José Pío Gracia, hay que entrar a estudiar si se trata de un legado gratuito o de una deuda hereditaria, para lo cual hay que ver si existe un principio de prueba por escrito, o nó. En el primer caso habrá que considerar la deuda confesada como hereditaria, y en el segundo como un legado gratuito. Para ser consecuente con la ley que exige la ausencia de toda prueba para que exista, en una deuda confesada por el testador, un legado gratuito."

Afirma el recurrente que el Tribunal sostiene en relación con el artículo 1191 del Código Civil, que aunque el supuesto acreedor alegue como demandante que no se trata de deuda hereditaria, sino de una testamentaria, basta un principio de prueba por escrito para que, contra la pretensión del actor, se acredite la existencia de la deuda hereditaria. Esa interpretación del artículo 1191 del Código Civil es errónea, arguye el recurrente, porque la condición jurídica de acreedor hereditario es superior a la de acreedor testamentario, y, por tanto, se párte de la base de que el supuesto acreedor alegue la deuda confesada en el testamento, lo que induciría a reconocerle un legado, si no existe principio de prueba por escrito; pero que si el beneficiado rechaza la existencia de ese principio de prueba escrita, y a la vez niega la identidad entre la deuda confesada en el testamento y otras deudas, para asumir el carácter de legatario, no se le puede aplicar el artículo 1191 del Código Civil para concluír que por existir el principio de prueba por escrito "habrá que considerar la deuda como hereditaria," sino que es forzoso considerarla como legado gratuito.

Se observa:

El cargo, en síntesis, estriba en que alegando la demandante en este caso su calidad de acreedora testamentaria, y rechazando la existencia del principio de prueba por escrito, así como la identidad de la deuda confesada por José Pío Gracia, y la que tuvo juntamente con Pedro Angel Gracia a favor de la actora, el Tribunal la tuvo como acreedora hereditaria en lugar de reconocerla como legataria. Mas se ve que el recurrente toma aisladamente el razonamiento del Tribunal, pues en seguida del aparte que el recurrente transcribe, el sentenciado da como razón de su concepto la de que "la confesión del testador constituye una deuda conforme a las pruebas que se han traído al debate, concepto que lo confirma más—continúa el Tribunal—el hecho de hacer mención en la dicha cláusula testamentaria de ser deudor (José Pío Gracia) juntamente con su finado hermano Pedro Angel Gracia. Puesta esta declaración del testador en relación con los documentos que obran en autos hay que inferir que se trata de una deuda hereditaria, existente en la época en que otorgó su testamento José Pío Gracia."

De modo que para el Tribunal, en su concepto completo, la deuda confesada por el testador José Pío Gracia es hereditaria y no testamentaria, porque de autos resulta no simplemente el principio de prueba por escrito que exige el artículo 1191 del Código Civil para considerarla así, sino la prueba plena de la deuda al tiempo de la confección del testamento; que hay identidad de esa deuda de la confesada por el testador nombrado en su memoria testamentaria, por la conexión que el confesante estableció al reconocer la deuda, diciendo que debía la suma de cincuenta mil pesos ($ 50,000) oro americano, juntamente con la sucesión de su hermano Pedro Angel Gracia, y por la relación que encontró también el Tribunal entre la declaración del testador y las pruebas que obran en autos. Ahora: existiendo la prueba plena de la deuda al tiempo de la confección del testamento, así como la del hecho de haber sido contraída conjuntamente con Pedro Angel Gracia, fundamentos de la apreciación del Tribunal, no le bastaba al recurrente negar insistentemente la identidad de la causa de tal deuda con la que resulta del reconocimiento del testador, sino que ha debido demostrar el error de hecho evidente en que incurriera el Tribunal en su apreciación, y esta demostración evidente no la ha dado el recurrente, para que la Corte pudiera variarla en casación. El cargo es, pues, infundado.

El mismo recurrente considera que el Tribunal violó también el artículo 1191 del Código Civil y los artículos 542 y 543 del Código Judicial.

En apoyo de este cargo, dice el autor del recurso en el aparte b) de su demanda, que habiendo sostenido la parte demandante la existencia del legado, y no la de la deuda hereditaria, y habiendo la confusión de deudas hereditarias de que había documentos del proceso con la confesada en el testamento, dicha parte quedaba amparada por el artículo 1191 del Código Civil, mientras su contraria no adujera la prueba plena de que la deuda hereditaria es precisamente la misma que figura en el testamento.

Amparada la demandante—continúa el autor del recurso—con la ficción del legado que establece la disposición citada, sin que se admita la identidad de éste con alguna deuda hereditaria, era de cargo de los demandados dar la prueba plena de esta identidad como de la deuda hereditaria. De suerte que al admitir el Tribunal un simple principio de prueba por escrito, y no exigir esa prueba completa, violó las disposiciones citadas.

Se observa:

Es cierto que el artículo 1191 del Código Civil ampara al favorecido con la confesión del testador, mientras no haya siquiera de otra parte el principio de prueba por escrito, de que la confesión de la deuda tiene causa distinta del testamento; pero una vez que existen no solamente el principio de prueba escrita, sino prueba plena de una deuda coetánea, con la que confiesa el testador por la misma suma, e indicios graves y plenamente comprobados de la conexión de la confesión con esas pruebas de la deuda, que fue lo que el Tribunal encontró, desaparece el amparo de dicha disposición, y pudo el sentenciador deducir, con la facultad que tiene para apreciar las pruebas, que la deuda confesada no constituye un simple legado, a menos de haberse demostrado que incurrió en evidente error de hecho en tal apreciación. Deber era, pues, del favorecido con la confesión, desvirtuar con plena prueba y no con simple negativa, la posición adquirida por el demandado que presentó aquellas pruebas, porque tal es la restricción que el artículo 1191 del Código Civil consagra, y aquél no dio esa demostración. Si, pues, los demandados dieron la prueba completa de la deuda existente a cargo del testador a la época en que éste confeccionó su testamento, y la deducción que sacó el Tribunal de la conexión e identidad de esa deuda con la confesada en el testamento, está plenamente respaldada con los indicios graves que arroja el proceso, no pudo el Tribunal haber violado el artículo 1191 del Código Civil, ni los artículos 542 y 543 del Código Judicial, que dejó de regir, sobre el cargo de dar la prueba. Por eso el cargo no prospera en ese aspecto.

Estima el recurrente en el aparte c), que el Tribunal violó las mismas disposiciones anteriores, porque dijo en su fallo que "tanto en la primera como en la segunda instancia se ha venido alegando que la circunstancia de no haberse expresado la causa de la deuda, o sea la procedencia de ella, debe considerarse como una liberalidad del testador, cuando la ley al respecto, en el artículo 1191 del Código Civil no hace distinción, pues sólo dice o habla —continúa el sentenciador—de deudas confesadas, y no exige que exprese que la deuda tenga causa onerosa. De modo que este argumento es inaceptable para la Sala."

Para el recurrente, el Tribunal incurrió, en el pasaje anterior, en evidente error al apreciar las alegaciones de la parte demandante en ambas instancias, puesto que tales obligaciones no tienden, como lo creyó el Tribunal, a demostrar que para el efecto de aplicar el artículo 1191 del Código Civil, o para considerar si se trata de una deuda hereditaria o de un legado, sea preciso que en el testamento mismo se exprese la causa de la deuda o su procedencia. Que, por el contrario, de modo manifiesto aparece que tal alegación de la parte demandante toca con la cuestión de la identidad entre la deuda confesada por el testador y una deuda efectiva del mismo en otro documento comprobada. Que ese error del Tribunal sobre tales alegaciones, consideradas como pruebas del proceso, demuestran de modo patente que el sentenciador, obsesionado por el principio de prueba por escrito de que habla el artículo 1191 del Código Civil, prescindió en absoluto de la necesidad indiscutible de que la parte demandada demostrara plenamente la identidad de que se viene hablando, por cuanto la parte favorecida en el testamento, en lugar de presentarse como acreedor hereditario, se presentó como legatario. De modo que el Tribunal, al no exigir a la parte demandada la prueba de la referida identidad y que es prueba que debía dar, violó los artículos 542 y 543 del Código Judicial que dejó de regir y el mismo artículo 1191 del Código Civil; más si se tiene en cuenta el indicio que resulta de no haber reformado José Pío Gracia su testamento después de haber pagado el último contado de los cincuenta mil pesos ($ 50,000).

Se considera:

Aunque el Tribunal, en el pasaje transcrito por el recurrente hubiera interpretado mal las alegaciones de la parte demandante en primera y segunda instancia, no por eso podría concluírse que el sentenciador hubiera violado las disposiciones sobre cargo de la prueba antes citada y el artículo 1191 del Código Civil, porque el Tribunal no ha dicho que no fuera de cargo de los demandados la prueba de la identidad de la deuda confesada en el testamento con la hereditaria a que se refiere la prueba por aquéllos aducida. Dijo en definitiva que esa prueba de la identidad resulta de la comparación hecha por el sentenciador entre la deuda confesada por José Pío Gracia y la prueba plena de la deuda coetánea del último, corroborada también con lo que sobre el particular dice Pedro Angel Gracia en su testamento. Ya se dijo que el recurrente no ha demostrado que el Tribunal incurriera en manifiesto error de hecho, al deducir de tales indicios plenamente comprobados esa conclusión. Por eso no puede prosperar este cargo.

En el capítulo 2º de la demanda de casación que se considera, se acusa la sentencia como violatoria del artículo 1762 del Código Civil y otra vez el artículo 1191 de la misma obra.

La violación de esta última disposición tiene el mismo fundamento que el expresado en el cargo o cargos anteriores, sobre prueba de parte de los demandados respecto de la identidad de las dos deudas, y por consiguiente le cabe la misma respuesta ya dada.

En orden al quebrantamiento del artículo 1762 del Código Civil, por error de derecho, dice el recurrente que existe la violación, porque admitió como prueba de la cancelación del documento endosado a favor de David A. Gómez, por doce mil quinientos pesos oro americano, la fecha que trae el documento privado en que dicha cancelación se verificó, sin tener en cuenta que, respecto de la demandante, que es un tercero, aquella fecha no se cuenta, de acuerdo con el artículo 1762 del Código Civil, sino desde el fallecimiento de alguno de los que han firmado el documento privado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que se haya tomado razón de él, o la haya inventariado un funcionario competente en el carácter de tál. Que como consecuencia de tal violación—dice el autor del recurso—violó también el Tribunal los artículos 542 y 543 del Código Judicial que regía, y el artículo 1191 del Código Civil, al no exigirse la prueba de la identidad de las dos deudas.

Se considera:

El reparo no es fundado, porque el Tribunal, para dar por cancelado el documento endosado a favor de David A. Gómez, no tuvo en cuenta únicamente la fecha de esa cancelación sino la fecha del documento auténtico,

que es la escritura de que el sentenciador habla en el correspondiente paso de su fallo, cuando dice:

"Consta, además, en los autos, que el primer contado (de la deuda) se dio por cancelado a pesar de haber constancia de ello por documentos privados, ya mencionados, por medio de la escritura pública número 92, de veintitrés de septiembre de mil novecientos veintiuno, con posterioridad al fallecimiento de Pedro Angel Gracia."

Como se ve, esa escritura fue otorgada después de haber confeccionado José Pío Gracia su testamento, y por ella canceló la deuda de cincuenta mil pesos ($ 50,000) oro americano, del primer contado, dividido en dos partidas, de treinta y ocho mil quinientos pesos ($ 38,500) y doce mil quinientos pesos ($ 12,500) oro americano, como se ha dicho, y la fecha de esa cancelación fue la que tuvo en cuenta el Tribunal. A la parte actora le opuso la demanda ese pagaré, en cuya creación intervino el marido de la primera, no para acreditar su cancelación, sino para comprobar la identidad, que el Tribunal halló establecida, entre la deuda confesada por José Pío Gracia y la que él canceló por la escritura acabada de citar. Si, pues, para la cancelación anotada, el Tribunal tuvo en cuenta la fecha de esa escritura, no puede concluírse que opusiera a la demandante la fecha de un documento privado, y que, por consiguiente, hubiera violado el artículo 1762 del Código Civil, ni consecuencialmente los artículos 542 y 543 del Código Judicial, y 1191 del Código Civil, por lo dicho anteriormente.

Violación de los artículos 1187 y 1055 del Código Civil.

En apoyo de la violación de la primera de estas disposiciones, transcribe el autor del recurso el aparte siguiente de la sentencia:

"Y como una prueba de que no es necesaria e indispensable en estos casos la reforma del testamento, es que cuando se condona una deuda en un testamento, y después el testador demanda judicialmente al deudor, o acepta el pago que se le ofrece, no podrá el deudor aprovecharse la condonación, y el legado se invalida o caduca (artículo 1187 de Código Civi)."

Aparece claramente—arguye el autor del recurso—que los casos que contempla el artículo 1187 del Código Civil se refieren a actos que, ocurridos con anterioridad a la muerte del testador, están además en oposición con lo ordenado en el testamento, por lo cual se explica que los respectivos legados queden insubsistentes. Mas el caso del litigio—continúa diciendo el recurrente—es diverso de los que contempla el artículo 1187 citado, porque si lo confesado en el testamento era una deuda hereditaria, el hecho de dejar en el testamnto la cláusula respectiva, a pesar del pago, no es obrar en oposición con el testamento que no queda perfecto sino por la muerte del testador, con las consecuencias propias a tal conducta, como es la de que, habiendo desaparecido la deuda testamentaria, debe tenerse la correspondiente disposición como legado gratuito, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1191 del Código Civil. Que, por tanto, violó el Tribunal el artículo 1187 de la misma obra, al aplicar su doctrina a un caso diverso de los que contempla tal disposición, lo mismo que el artículo 1055 de la propia obra, según el cual el testamento viene a quedar perfecto a la muerte del testador, de lo que se sigue que, si en ese momento no existe deuda hereditaria, el reconocimiento de deuda en el testamento debe tenerse por un legado gratuito.

Se considera:

El Tribunal no aplica al caso del pleito el artículo 1187 de Código Civil sino que apenas lo cita por vía de ejemplo, para hacer ver que cuando se trata del reconocimiento de hechos, no propiamente de disposiciones testamentarias, no es de la esencia del testamento que las cláusulas que los reconozcan se modifiquen o reformen. Por lo demás, aunque hubiera errores en ese concepto, como colateral que es, no influye en el fallo para casarlo, pues ya se vio que él tiene otros fundamentos.

La violación del artículo 1055 del Código Civil, de que se trata en los capítulos 3º y 4º de la demanda, se hace consistir en que no quedando perfecto el testamento sino a la muerte del testador, y no existiendo en ese momento la deuda hereditaria, la subsistencia de la deuda confesada en el testamento debe tenerse como un legado gratuito. De modo—dice el recurrente—que al relacionar el Tribunal la prueba de la obligación hereditaria con el momento del otorgamiento del testamento, o con acto anterior a la muerte del testador, y no precisamente con ésta, violó el artículo 1055 del Código Civil, más si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 34 de la Ley 153 de 1887, según el cual sólo las solemnidades externas de los testamentos se rigen por la ley coetánea a su otorgamiento, mientras que las disposiciones en ellos contenidas se rigen por la ley vigente a la época de la muerte del testador.

Se considera:

Es cierto que el testamento no queda perfecto sino a la muerte del testador, pero proviniendo la deuda testamentaria del reconocimiento hecho en testamento, no es desacertado, que para juzgar si esa deuda corresponde a otra que tenga el testador a favor del mismo acreedor testamentario, se tenga en cuenta el momento del otorgamiento del testamento y no la muerte del testador, y más cuando, como en el caso en litis, concurren las circunstancias de que el testador declara deber esa suma juntamente con otra persona, y que después el mismo testador paga igual cantidad al acreedor testamentario, porque bien puede suceder que el hecho de no haber reformado el testamento sobre el particular sea obra apenas de que, dadas esas circunstancias especiales, el testador no creyere necesaria la reforma. Además, se pueden declarar en testamento deudas que tenga el testador juntamente con otra persona, pero no es jurídico ni racional que se hagan legados en la misma forma para que queden confirmados con la muerte del testador. En todo caso como el cargo de violación del artículo 1055 del Código Civil es por no haber interpretado el sentenciador la cláusula 4ª del testamento de José Pío Gracia en relación con la muerte de éste, es decir, por haber acogido una de las dos interpretaciones a que dicha cláusula se presta, lo que era del criterio del juzgador, como soberano en la apreciación de las pruebas, mientras no haya un evidente error, para que el cargo prosperara sería preciso que el autor del recurso hubiera demostrado plenamente ese error, y tal prueba no se ha dado.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha veintidós de julio de mil novecientos veintinueve, proferida por el Tribunal Superior de

Cartagena en este juicio. Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Secretaría y por medio de la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio quince de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Ante el Juez del Circuito de La Ceja, el señor Alejo o Alejandro Llano, obrando en su propio nombre y como apoderado de Ana Joaquina, Martiniana, Zoraida o Sofía y Rosaura Llano, estableció un juicio contra Séfora Arbeláez y su hija Séfora Llano.

Los hechos expuestos en el libelo son:

1° El citado Antonio González fue hijo natural de Salomé González y murió soltero en esta población, sin dejar ascendientes ni descendientes.

2° La señora Salomé González, madre de aquél, contrajo posteriormente matrimonio con el señor Alejo Llano y de esta unión nacieron Luis María y Ana Joaquina Llano, ésta mujer viuda, mayor y de este vecindario. Estos dos son, por lo tanto, hermanos naturales de Antonio González.

3° Luis María Llano, el hermano natural de éste, y quien ya murió, celebró matrimonio con la señora Candelaria Valencia, muerta también, y de este enlace nacieron el suscrito Alejo o Alejandro Llano, Martiniana, mujer soltera, mayor y vecina de Medellín; Zoraida o Sofía, también soltera y mayor y de este vecindario, y Rosaura, mujer mayor, casada con el señor Juan A. Rodríguez, vecinos de este Municipio.

4° Hoy los únicos herederos de Antonio González son: Ana Joaquina, su mencionada hermana natural, quien hereda directamente, y los citados hijos de Luis María Llano, el otro hermano natural de aquél, quienes heredan por representación.

5° Las señoras Ana Joaquina, Zoraida o Sofía y Rosaura Llano, esta última con la correspondiente autorización de su marido, me confirieron poder especial para la reclamación judicial que inicio por esta demanda, por la escritura número 892, de ocho de octubre del año en curso, pasada ante el señor Notario del Circuito de La Ceja. Y Martiniana, del mismo apellido, me apoderó igualmente y para el mismo efecto, por la escritura número 2525, de diez y ocho de octubre próximo pasado, otorgada ante el señor Notario 1° del Circuito de Medellín.

6° Por la escritura número 126, de veintiséis de abril de mil novecientos quince, pasada ante el señor Notario de este Circuito, el señor Antonio González dijo vender a Lisandro Llano los siguientes bienes de propiedad del vendedor:

a) Una casa situada en el área de esta población y alinderada así:

"Por el Sur, con una calle pública; por el Oriente, casa y solar de Lucio Arango; por el Norte, con propiedad de Esteban López, y por el Occidente, con calle pública, casa y solar de Encarnación Alvarez y otros."

Este inmueble lo hubo el mencionado Antonio González por las escrituras números 5 y 606, de siete de enero de mil ochocientos noventa y cuatro y veinticuatro de diciembre de mil novecientos ocho, pasadas ante el Secretario del Concejo Municipal de este Distrito y ante el Notario de este mismo Circuito, respectivamente.

b) Un terreno con casa de habitación, situado en **El Puesto** de este Distrito, y alinderado así:

"Por el Oriente, finca de Juan Manuel Uribe; por el Sur, con terreno de Lucio Arango y Eliseo López; por el Occidente, con el callejón de **La Floresta** y con el callejón de **El Puesto.**"

Este globo de terreno hace parte de lo que Antonio González adquirió por compra a Eustasio Rodríguez, según documento privado de mil ochocientos sesenta y nueve, por la escritura número 229, de quince de diciembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, pasada ante el señor Secretario del Concejo Municipal de este Distrito; por la número 149, de veinte de febrero de mil novecientos cinco, y por la número 148, de la misma fecha, y otorgadas ambas ante el señor Notario de este Circuito.

c) Un solar situado a dos cuadras de la plaza de esta población, y que linda:

"Por Occidente, con la calle de Marulanda; por el Sur, calle de Tenerife; por el Norte, con propiedad de Pedro Ocampo, y por el Oriente, con propiedad de Ulpiana González."

Este lote lo hubo el vendedor por la escritura número 100, de veintiséis de diciembre de mil ochocientos sesenta y ocho, pasada ante el señor Secretario del Concejo Municipal de este Distrito.

d) Un terreno situado en **Chaparral,** de este Municipio, y alinderado así:

"Desde un mojón, al pie de un árbol, a una barranca; por éste, arriba, lindando con herederos de Antonio González, alinderado con Constantino Restrepo en una chamba; por ésta a una puerta, siguiendo la chamba a una quebradita; ésta, arriba, lindero con Juan de D. Bedoya y Simón Ruiz, a otra chamba; por ésta al primer punto."

Este inmueble es parte de lo que el causante González hubo por compra a José María Ramírez, según la escritura número 305, de veinticuatro de julio de mil novecientos once, otorgada ante el señor Notario de este Circuito.

e) Una finca territorial, situada en el paraje de **La Linda,** del Distrito del Carmen, y alinderado así:

"De un mojón que está en la cuchilla que divide **La Hermosa** y **La Linda,** lindero con los señores Nicolás y Silverio Arango; línea recta a **La Linda;** ésta, abajo, hasta su desembocadura en la quebrada **El Cardal;** por ésta, abajo, hasta el desemboque de un amagamiento, lindero con herederos de Eustasio Martínez; amagamiento arriba hasta su nacimiento, donde hay un mojón al pie de un chanquiro; de éste, a la derecha a otro mojón que está en la cuchilla; éste, arriba, lindando con los mismos herederos, a la cuchilla divisoria, y por ésta al mojón, primer lindero."

Este inmueble lo hubo el causante González por escritura número 139, de veintidós de agosto de mil ochocientos ochenta y dos, pasada ante el señor Secretario del Concejo de este Municipio, y por permuta con el señor Raimundo Martínez,

7º El contrato de compraventa relacionado en la escritura número 126 mencionada y habido entre González y Llano, fue simulado, porque en él no hubo, por parte del vendedor, intención de transferir el dominio sobre los bienes que dijo vender, ni por parte del comprador la intención de adquirirlo, porque en él (en el contrato) no hubo causa jurídica, y porque el sedicente comprador, hombre paupérrimo y que era un mero arrimado que vivía a expensas del supuesto vendedor, era incapaz, desde todo punto de vista para sufragar el precio real de los inmuebles mencionados y también el supuesto y muy inferior a éste, que se hizo figurar en la respectiva escritura.

8º El vendedor González, a pesar de haber dicho que por aquella escritura vendía todos los bienes detallados en ella, hizo consignar la siguiente cláusula:

"En este estado, advierte que el comprador sólo entrará en posesión de lo que compra, después de que muera el vendedor, pues éste queda con el derecho mientras viva de hacer lo que quiera en las fincas y gozar del beneficio que produzcan."

9º González, en ejercicio de la cláusula transcrita en el numeral anterior, y más que todo en fuerza de que la mencionada compraventa era una simulación, con el único fin de defraudar los intereses de sus legítimos herederos, continuó usufructuando, poseyendo y disponiendo de los bienes como único dueño y señor, hasta su muerte, la que ocurrió con posterioridad a la de Lisandro Llano.

10. En el original o matriz de la escritura número 126 ya citada y por la cual González dijo vender a Llano los bienes a que me refiero, se cometió una grave falsedad, consistente en haber cambiado, mucho después de haberse firmado y de haberse expedido una copia de ella, el nombre de Lisandro González con que figuraba allí el comprador por el de Lisandro Llano.

11. A la muerte de Antonio González, que no a la de Lisandro Llano, se siguió la sucesión de éste y todos los bienes que se dijeron vendidos por la escritura número 126, a excepción del marcado con la letra c) de esta demanda, pasaron a los herederos de Llano, o sea a su esposa, la señora Séfora Arbeláez, y su hija impúber María Séfora, todo según la respectiva hijuela de partición y adjudicación formada a cada una de ellas en el juicio de sucesión de Lisandro Llano.

Según los hechos fundamentales expuestos, los mencionados herederos de Antonio González son los dueños de los bienes ya descritos, y sin embargo éstos, con exclusión del mencionado en el numeral anterior, que se remató en aquel juicio de sucesión, están poseídos en común por la viuda de Lisandro Llano y por su impúber hija. Esta es la causa o razón de esta demanda, que se encamina a recuperar para la sucesión de Antonio González los bienes que en justicia y en ley le pertenecen.

La adulteración cometida en la escritura número 126, aunque el nombre de Lisandro Llano responde a la misma personalidad de Lisandro González, da margen legal para considerar la escritura, objeto de la falsedad, como inexistente, y esto abre campo jurídico para promover la acción reivindicatoria directa, cosa que en efecto haré. Esto sin perjuicio de pedir en subsidio, como también pediré, la nulidad del contrato de compraventa, tántas veces mencionado, y de la escritura que lo contiene todo, junto con la restitución de los inmuebles mencionados."

Pidió el demandante se declarase:

"h) Que la sucesión de Antonio González, representada por Ana Joaquina, Martiniana, Zoraida o Sofía y Rosaura Llano y el suscrito, es dueña y propietaria de los bienes marcados con la letra a), b), d) y e), del numeral 6º de los hechos fundamentales de esta demanda.

"i) Que en consecuencia las demandadas Séfora Arbeláez y su hija Séfora Llano deben entregar a mis poderdantes y a mí, como únicos herederos y representantes de la sucesión de Antonio González, tres días después de ejecutoriada la sentencia, los bienes mencionados en la letra anterior, cada una a prorrata o en proporción a las cuotas indivisas que posee sobre tales bienes, según la adjudicación que de ellos se les hizo en la sucesión de Lisandro Llano, y como lo rezan sus respectivas cartillas de hijuela."

En subsidio solicito que se declare:

"j) Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la escritura número 126, de veintiséis de abril del año de mil novecientos quince, pasada ante el señor Notario del Circuito de La Ceja y por la cual Antonio González dice vender a Lisandro Llano los inmuebles descritos en el cuerpo de esta demanda.

"k) Que es nula, írrita o inexistente la escritura mencionada en la letra inmediatamente anterior.

"l) Que como consecuencia de una de las dos peticiones anteriores, las demandadas Séfora Arbeláez y su hija Séfora Llano, deben restituír a mis poderdantes y a mí, como únicos herederos y representantes de la sucesión de Antonio González, tres días después de ejecutoriada la sentencia, los bienes mencionados en las letras a), b), d) y c) del numeral 6º de los hechos fundamentales de esta demanda, a una prorrata o en proporción a las cuotas indivisas que poseen sobre tales bienes, según la adjudicación que de ellos se les hizo en la sucesión de Lisandro Llano y como lo rezan sus respectivas cartillas de hijuela.

"m) Que para el evento de la declaratoria de todas y de cualquiera de las peticiones contenidas en las letras h), i), j), k), l), de esta parte petitoria, se declare que los demandados deben restituír los frutos naturales y civiles percibidos y pendientes, y también los que con mediana inteligencia y cuidado hubieran podido percibir los demandantes, si hubieran tenido la cosa en su poder, esto desde la fecha en que se les adjudicaron los inmuebles motivo de la demanda.

"n) Que en todo caso los demandados están obligados a pagar las costas del presente juicio, si dieren lugar a él."

Séfora Arbeláez contestó la demanda, rechazando la acción y alegando las excepciones de ilegitimidad de la personería de las partes, prescripción e inepta demanda, considerando ésta como sustantiva, porque "la cosa distinguida en la demanda en la letra a), está en poder de un tercero."

El cuatro de julio de mil novecientos veintinueve el señor Juez pronunció sentencia en estos términos:

"1º Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

"2º No hay lugar a hacer ninguna de las declaratorias solicitadas por el actor en el libelo de demanda y, como

consecuencia, se absuelve a María Séfora Arbeláez y a su hija menor María Séfora Llano, ésta representada por aquélla, de los cargos que les fueron formulados en dicho libelo; y

"3º No se hace especial condenación en costas."

Por vía de apelación, esta sentencia fue revisada por el Tribunal Superior de Medellín, quien la confirmó en todas sus partes, mediante sentencia de diez y nueve de febrero de mil novecientos treinta y uno.

La parte demandante interpuso recurso de casación, que se admite por hallarse en las condiciones legales requeridas en orden a la cuantía y naturaléza del asunto.

El apoderado constituído ante la Corte presentó una extensa demanda, en la cual se alegan las causales primera y segunda del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Por exigirlo así el método, se comienza por el estudio de la causal segunda.

Afirma el recurrente que, por cuanto el Tribunal de Medellín desatendió las pruebas de la parte demandante y falló negando su derecho y los hechos demostrados, la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por aquélla; mas este no es un motivo de segunda causal sino de primera, por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas o por violaciones de la ley.

Agrega que la sentencia, al negarles la personería a los demandantes, los condenó a no ser parientes de Antonio González, y a perder sus derechos por no haber dado la prueba de excepciones correspondientes a la parte demandada, y condenó también a Ramón Acebedo, comprador de los bienes, a perder ese inmueble; por todo lo cual el Tribunal resolvió sobre puntos que no fueron objeto de la controversia y resolvió, de otro lado, acerca de una prueba inexistente, o sea la del arrepentimiento de la venta por parte de Antonio González y la de la intención decidida de transferir definitivamente en mil novecientos veintiocho el dominio de los bienes a los herederos de Lisandro Llano.

Respóndese a esto que la ilegitimidad de la personería de los demandantes fue propuesta como excepción por los demandados, y así el Tribunal tenía que decidir el punto. Si lo decidió bien o mal, es asunto propio de la primera causal, como también lo son los otros cargos. Varias veces ha declarado la Corte que la calificación de los fundamentos de un fallo no puede ser materia de la segunda causal, sino de la primera.

Igual advertencia cabe respecto del último motivo, consistente en sostener que el Tribunal dejó de resolver sobre la causa del contrato contenido en la escritura número 126 de mil novecientos quince, y sobre la transferencia realizada en mil novecientos veintiocho, entre González y los herederos de Llano.

El sentenciador, al desechar la tesis de la simulación, halló que el contrato tuvo causa y si en esto hay un error, el punto es objeto de la primera causal y no de la segunda.

La primera causal se apoya en varios motivos.

El primero se refiere a violación directa de ley sustantiva.

Según el artículo 347 del Código Civil, las actas de registro del estado civil son las pruebas del respectivo estado, y la disposición del artículo 22 de la Ley 57 de 1887 ordena que se tengan como pruebas principales, respecto de nacimientos, matrimonios y defunciones de personas bautizadas o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los párrocos, con inserción de las actas o partidas existentes en los libros parroquiales.

Pues bien: el Tribunal, a pesar de estos preceptos legales y de la existencia en el juicio de las partidas de nacimiento de Escolástico Antonio González, hijo natural de Salomé González, de matrimonio de ésta (después de ser madre de Antonio) con Alejo Llano y de bautismo de los demandantes, negó la personería de tales demandantes y su condición de herederos.

Dijo el Tribunal:

"Los demandantes fundan el derecho que alegan, primeramente en su calidad de herederos de Antonio González. Pero la parte demandada ha negado que en el proceso exista prueba de esa calidad. Al folio 25 se ve la partida de nacimiento de Escolástico Antonio, hijo natural de Salomé González. Pero en el proceso no hay prueba de que Escolástico Antonio, hijo natural de Salomé González, sea el mismo Antonio González muerto el cinco de abril de mil novecientos veintiocho, a que se refiere la demanda; ni de que Salomé González, madre de Escolástico Antonio, sea la misma Salomé González, ascendiente legítima de los demandantes. Hacen falta las correspondientes demostraciones de identidad."

Las partidas agregadas al juicio—continúa el recurrente—prueban ampliamente que Salomé González contrajo matrimonio con Alejo Llano, viudo de Juana García, el diez de octubre de mil ochocientos cuarenta y dos; que el diez de febrero del mismo año fue bautizado Escolástico Antonio (quien ha sido presentado al juicio con el nombre de Antonio, únicamente) como hijo natural de Salomé González; que del matrimonio celebrado entre Alejo Llano y Salomé González hubo dos hijos: Luis María y Ana Joaquina, representados el uno en el actual litigio por su descendencia, y el otro por apoderado especial.

"Este elenco demostrativo de la personería no puede ser desconocido por el juzgador, porque con las piezas de origen eclesiástico que lo implica y sus complementarias, ha satisfecho el demandante la ley sustantiva correspondiente al estado civil de las personas que figuran en el juicio, y adquirido el derecho a la acción intentada. Además, la negación de personería que intentó la parte demandada contra el actor, era para aquélla una excepción que ha debido probar frente a las pruebas de la parte demandante: no lo hizo así, luego el juzgador mal podía concluír, como concluyó, negando a su vez dicha personería."

Se considera:

El Tribunal echó menos la comprobación de la identidad del Escolástico Antonio González de la partida de bautismo con el Antonio González muerto el cinco de abril de mil novecientos veintiocho, y de la Salomé González madre natural del primero y de la que con el mismo nombre aparece como ascendiente legítima de los demandantes.

Estima la Corte que con la aducción de las partidas eclesiásticas quedaban comprobados los parentescos invocados en la demanda como base para deducir la acción y que incumbía a la parte demandada, interesada en alegar lo contrario por vía de excepción, acreditar que el **Escolástico Antonio**, a que se refiere la partida bautismal, no era el mismo sujeto de quien los demandantes se pretenden herederos.

Por este aspecto queda establecida la infracción legal que se acusa en el actual motivo; pero ella no es causa suficiente para la infirmación del fallo, porque el Tribunal, a pesar de lo que observó acerca de la falta de completa prueba de los parentescos, entró en el estudio a fondo de las cuestiones del litigio. (Sería inútil casar en lo relativo a la excepción de ilegitimidad de los demandantes; basta con rectificar la doctrina).

En el segundo motivo expone el recurrente que el Tribunal, al referirse a la nulidad pedida del contrato, dijo que, en el supuesto de que la estipulación del precio hubiera sido ficticia, de allí no podía sacarse que no hubo intención de transferir el dominio de los inmuebles al comprador.

"Podría interpretarse que la voluntad del vendedor fue de donación, acaso remuneratoria. Y no se ve que Antonio González tuviera impedimento para donar, menos siendo remuneratoria la donación. De la necesidad de la insinuación no hay prueba."

Este concepto riñe con la ordenación legal contenida en el artículo 1490 del Código Civil, donde se ve que son donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos. La escritura habla terminantemente de venta, lo que en lenguaje jurídico no tiene zonas confusionales ni siquiera limítrofes con la hipótesis del sentenciador.

También dijo el Tribunal:

"La cláusula sobre reserva del usufructo, de la cual hacen mérito los demandantes en el hecho 8º de la demanda, no indica nada en favor de la simulación. Es una cláusula muy adecuada a las circunstancias de las partes, como que con ella el vendedor aseguraba su subsistencia por el término de su vida; lograba impedir que sus bienes pasaran a sus herederos **ab intestato** y justificaba el bajo precio que, según se afirma, se le señaló al contrato."

"Que Antonio González continuara poseyendo y disfrutando los inmuebles después de la venta que hizo de ellos, es muy natural, ya que se reservó el usufructo."

El Tribunal desoyó—arguye el recurrente—el mandato de la ley sustantiva contenida en los artículos 1619, 1620, 740, 762 y 823 del Código Civil, porque apareciendo perfectamente definida la materia sobre que dijeron contratar Antonio González y Lisandro Llano en mil novecientos quince, el Juez no podía separarse de ella so pretexto de buscarle a la escritura un sentido apto para producir algún efecto; porque la obligación del Juez no es crear la voluntad de las partes, sino interpretarla, lo cual implica la existencia de esa voluntad; porque siendo la tradición un modo de adquirir el dominio de las cosas y consistiendo en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, ¿cómo es posible que esa tradición sirva aquí tanto a la venta que el Tribunal predica para negar la acción reivindicatoria, para la donación en que cree cuando trata de explicar el bajo precio de la venta, y para el usufructo, que es otra de las fases vistas por el sentenciador? Al fin: ¿qué es lo que transfiere el señor Antonio González al comprador Lisandro González o Llano?

El Tribunal interpretó erróneamente la ley, cuando estimó que en la mencionada escritura número 126 de mil novecientos quince ha habido venta, donación remuneratoria o usufructo, siendo así que el vendedor quedó con la posesión de la cosa vendida y siendo así que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. Además, semejante imprecisión ante el deber de fijar la figura jurídica contenida en las cláusulas solemnes que le fueron presentadas, indica a las claras que el sentenciador interpretó erróneamente la ley sustantiva, en lo concerniente a la definición y estructura de los tres fenómenos de derecho, porque hizo recorrer la motivación de su proveído (artículos 1849, 1490, 823, 762 y 740 del Código Civil); porque o se trataba de una venta, o de una donación remuneratoria o de un usufructo, pero no de estos tres fenómenos a la vez.

Igualmente interpretó erróneamente la sentencia recurrida el significado sustantivo de las disposiciones agrupadas en los artículos 835, 837 y 838 del Código Judicial, ya que ellas ordenan que la sentencia definitiva no debe recaer sino sobre la cosa, la cantidad o el hecho demandado; que dicha sentencia sea conforme con la ley sustantiva en el derecho y que en la parte resolutiva se dé a cada una de las partes su derecho; y el Tribunal fallador, al decidir la litis sobre la elasticidad interpretativa que se deja anotada, ni falló sobre la cosa demandada, ni de manera conforme con la ley sustantiva correspondiente, ni dio a la parte demandante su derecho.

Concluye este capítulo el autor del recurso apuntando que el Tribunal, en un pasaje que copia, dio por sentado el hecho de la enajenación que reza la escritura número 126 de mil novecientos quince, y que, sin embargo, para tratar de desvirtuar las pruebas encaminadas a demostrar la simulación del contrato, se echa por hipótesis inconexas y flotantes, que en el fondo niegan la enajenación.

Se considera:

Es preciso tener presente que una de las acciones ejercitadas versa sobre la nulidad del contrato por simulación y que la prueba de ésta consiste generalmente en indicios, para cuya apreciación es soberano el Juez.

El Tribunal, en la sentencia impugnada, va examinando los indicios alegados con la mira de establecer la simulación y halla que ellos no son concluyentes. En ese examen estriba cabalmente la apreciación del indicio, la cual, como operación subjetiva, escapa a la casación, con arreglo a una sostenida jurisprudencia de la Corte.

Esta razón es de suyo poderosa a destruír los cargos acumulados en el presente capítulo; pero quiere la Sala darle al señor recurrente una respuesta detallada.

Estudia el sentenciador el indicio derivado de la mucha pobreza de Lisandro Llano y afirma que por sólo este hecho no es dable admitir que fue fingida la estipulación del precio. Agrega que aun suponiendo la ficción de ese precio, de allí no se deduce la falta de intención de transferir el dominio, pues podría interpretarse que la voluntad de González fue de donación, "acaso remuneratoria."

Es cierto que, de conformidad con el artículo 1490 del Código Civil, para que la donación se entienda remuneratoria ha de hacerse expresamente en recompensa de servicios específicos; mas el Tribunal dijo la frase acusada en términos dubitativos y de manera secundaria: suprímase tal frase y se verá que nada pierde el pensamiento. Así pues, concediendo que ella no se ajusta al tenor de lo estatuído en el susodicho artículo, no hay motivo para casar la sentencia.

Combatiendo el Tribunal el indicio que se levanta sobre la reserva de la posesión por parte de González, manifiesta que él nada prueba en favor de la simulación y estima que aquella reserva fue del usufructo.

No era materia directa del juicio el decidir acerca del alcance del derecho que se reservó el vendedor de las fincas "mientras viva de hacer lo que quiera en ellas y gozar del beneficio que produzcan." Así pues, sea cual fuere el fenómeno jurídico encerrado en la estipulación, el Tribunal únicamente lo contempla con el fin de explicar que él no es indicio de la simulación. Claramente aparece la intención del juzgador en estas palabras:

"Es una cláusula muy adecuada a las circunstancias de las partes, como que con ella el vendedor aseguraba su subsistencia por el término de su vida, lograba impedir que sus bienes pasaran a sus herederos **ab intestato** y justificaba el bajo precio que, según se afirma, se le señaló al contrato."

El propósito del Tribunal era el apreciar el indicio y llegó a la conclusión de que éste no tiene fuerza en virtud de las circunstancias en que se encontraban las partes. Luego, aun en el caso de no poderse tomar como usufructo la reserva mencionada, quedan en pie las explicaciones aducidas en contra del indicio. El nombre de **usufructo**, empleado en el párrafo de la sentencia, no pasa de ser una calificación secundaria.

Por lo demás, la sentencia acusada recayó sobre las cosas demandadas (las acciones que fueron negadas) y si no reconoció derechos a la parte demandante, fue porque ésta carecía de ellos. Cuanto al artículo 837 del Código Judicial, en repetidas ocasiones ha declarado la Corte que la disposición allí consagrada es meramente exhortativa, de suerte que su transgresión no puede servir en sí misma para fundar una causal de casación. (Casación de 24 de mayo de 1920, **Gaceta Judicial**, tomo XXVIII).

No proceden, por tanto, los cargos de este capítulo.

En el tercer motivo expone el recurrente que, siendo inconexos los conceptos y preceptos sobre **venta, donación y usufructo** y estando ellos vertidos en la parte motiva del fallo como fundamento de la resolutiva, la cual niega el derecho alegado por la parte actora, ha habido indebida aplicación de la ley al caso del pleito.

"¿Y cuál es la ley? La concerniente a nulidad, a prueba de las obligaciones, a venta, a donación, a usufructo, y más que todo, la que en la Constitución Nacional ordena que nadie podrá ser juzgado sin observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio."

Aludo—dice el recurrente—a los artículos 26 de la Constitución Nacional; 36, 37 y 38 de la Ley 153 de 1887; 16, 21, 27, 28, 55, 66 del Código Civil; 7º de la Ley 95 de 1890; 346, 347 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887; 392, 393, 407, 669, 740, 762, 823, 824 del Código Civil; 85, Ley 153 de 1887; 1490, 1502, 1515, 1517, 1524, 1526, 1549, 1602, 1603; 1618, 1619, 1620 1740, 1741, Código Civil; 15, Ley 95 de 1890; 1746, 1760, 1768, 1849 y 2142 del Código Civil."

Se considera:

Los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 153 de 1887 fueron quebrantados, en sentir del recurrente, porque el Tribunal desconoció el llamamiento sucesoral a los hermanos naturales, las reglas actuales a la delegación sucesoral de Antonio González y las leyes vigentes acerca de la celebración del contrato consignado en la escritura número 126 de mil novecientos quince. Empero, el cargo carece de la trascendencia que se le atribuye. Ya en el examen del primer motivo se dijo que el Tribunal, no obstante haber echado menos la comprobación de la identidad de Escolástico Antonio y Antonio González y Salomé González, madre natural de éste, con la Salomé González ascendiente legítima de los demandantes (en lo cual erró), entró en el fondo del asunto, y si negó las acciones, fue por motivos de otro orden. Así pues, no sería dable infirmar el fallo por aquel error.

El recurrente estima violado el artículo 16 del Código Civil, porque el sentenciador les otorgó a las partes el derecho de derogar leyes en cuya observancia está interesado el orden público, como son las relativas a nulidades absolutas, "negando la simulación donde ella grita a través del ambiente procesal y de las pruebas del juicio, como adelante se verá."

Mas obsérvese que el Tribunal, apreciando soberanamente los indicios, llegó a la conclusión de que ellos no eran suficientes para establecer la simulación alegada.

Agrega el recurrente que los artículos 27, 28 y 55 del Código Civil fueron quebrantados, porque el Tribunal no supo interpretar los términos claros de la escritura citada y los confundió con tecnicismos propios de otras figuras jurídicas, como donación y usufructo, y porque negando la personería a los demandantes, negó el carácter de herederos que tienen respecto de Antonio González. Empero, ya quedó explicado que las expresiones relacionadas con la donación y el usufructo fueron empleadas accidentalmente en la apreciación de los indicios y que, a pesar de lo que dijo el Tribunal sobre la identidad de González y Salomé González, estudió y resolvió las acciones.

Se aplicó indebidamente el artículo 7º de la Ley 95 de 1890—continúa el impugnador—porque al negarse personería a los demandantes, se negó la presunción legal de que Antonio González fue reconocido por Salomé González como hijo natural de ella, e implícitamente quedó negado el derecho que a heredarlo y a presentarse como interesados en esta litis tienen los demandantes. A esto se responde que el Tribunal entró en el fondo del asunto y falló adversamente las acciones ejercitadas por razones de otra índole.

La objeción relacionada con los artículos 346 y 347 del Código Civil y 22 de la Ley 57 de 1887 fue considerada al tratarse del primer motivo. Y por esto mismo carece de importancia el reparo concerniente a la infracción de los artículos 392, 393 y 407 del propio Código.

Según el autor del recurso, están quebrantados los artículos 669, 740, 762, 823 y 824, porque si el Tribunal conviene en que el vendedor se reservó la posesión, sin convenir en que no hubo venta, está negando que el dominio es un derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; está diciendo que la tradición es un modo de adquirir el dominio sin que haya entrega de la cosa ni intención de traspasar y adquirir; diciendo está que la posesión no es la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño, por cuanto Antonio González pudo vender y a la vez seguir siendo poseedor de lo vendido, y, en fin, diciendo está que el usufructo puede existir cuando se dice vender el dominio de la cosa y que el usufructuario sigue teniendo la posesión de ella.

Empero, estos reparos, repetición de los expuestos en el motivo segundo, están ya contestados. El Tribunal razonó sobre los indicios aducidos en apoyo de la simulación e hizo soberanamente la apreciación de ellos. Las

calificaciones de **usufructo** o de **donación** remuneratoria son secundarias en el razonamiento.

Se dicen quebrantadas las disposiciones de los artículos 85 de la Ley 153 de 1887 y 1490 del Código Civil, porque desconociendo el sentenciador el carácter de hermanos naturales, demostrado por los demandantes, desconociendo está el derecho que a heredar tienen éstos en una sucesión intestada del hermano cognaticio natural, y porque apreciando la sentencia, o al menos haciendo en su parte motiva la hipótesis de que la escritura redargüida de nula contiene una disposición remuneratoria, está interpretando y aplicando indebidamente la disposición que define esta clase de donaciones. A esto ha de responderse con lo ya dicho varias veces, o sea que el Tribunal entró en el fondo de las acciones, a pesar de lo que afirmó acerca de la falta de identificación de las partidas eclesiásticas, y que la calificación de donación remuneratoria es accidental e hipotética en el razonamiento. Lo propio debe notarse en lo tocante a la infracción del artículo 1549 del Código Civil.

"El artículo 26 de la Constitución Nacional ha sido violado, porque han sido negados los derechos adquiridos de la parte demandante, sin haberse observado en el juicio correspondiente la plenitud de las formas que le son propias."

Empero, la Sala no entiende esta acusación, porque el proceso fue tramitado por las ritualidades que le correspondían, de acuerdo con el Código Judicial.

El quinto motivo (no hay cuarto) abarca varios puntos.

a) Error de hecho evidente en los autos. Expone el autor del recurso que el Tribunal, al tratar de la falsedad alegada por los demandantes, la negó, diciendo que "el cambio de que hablan los demandantes (es decir, el cambio del apellido de González por el de Llano), no ocurrió en parte sustancial de la escritura, o, al menos, no varió en lo más mínimo lo que en ella se expresó o se quiso expresar, ya que, según los demandantes mismos, los nombres de Lisandro González y Lisandro Llano corresponden a una misma persona."

Y agregó:

"De esto se deduce que no hubo mutación de la verdad, sino sólo de la forma de expresión de la misma, o si se quiere, de la verdad en la forma, pero no de la verdad en la esencia; que no pudo haber mala intención, pues no se alcanza a ver qué efecto de importancia pudo buscarse con el cambio, y que, por lo mismo, no hubo ni puede haber perjuicio de terceros."

Es un error de hecho la afirmación de que no pertenece a la sustancia de una escritura pública el apellido de uno de los comparecientes u otorgantes. El apellido es el elemento de mayor significación jurídica y judicial en el nombre de las personas, porque es el encargado de registrar la descendencia y la identidad de los individuos. Las conclusiones a que por este camino llega el Tribunal implican el error de no haber encontrado en los autos dos hechos principales: el estado civil y nacimiento de Lisandro Llano, hijo natural de Irene Llano, y la partida de su matrimonio con María Séfora Arbeláez, en la cual figura también con el apellido de Llano. Es claro que las enmendaturas a que se refiere la inspección ocular no son otra cosa que la adaptación de las circunstancias intrínsecas de la personería de la esposa y la hija de Lisandro Llano para pedir "la validez y la partición de los bienes a que se refirió la escritura número 126 de mil novecientos quince, en la cual figuraba el nombre de Lisandro González como el de comprador de dichos bienes."

Y como con este apellido hubieran tenido, entonces sí con razón, que entrar a demostrar la identidad del causante, resolvieron apelar a la modificación integral de todos los documentos principales y accesorios, en la parte referente del mencionado apellido.

"Y esto, que son los hechos cuya sombra cubre todo el panorama del litigio, no fue hallado por el Tribunal, el cual falló, por consiguiente, en contra de la parte demandante."

También se presenta esta omisión como errada apreciación de derecho, para el caso de que la Corte no la crea error de hecho evidente en los autos: la omisión se contrae a la prueba de inspección ocular, a la partida de nacimiento y matrimonio de Lisandro Llano y a la de nacimiento de Escolástico Antonio González.

Añade el autor del recurso que es también un error de hecho evidente el haber tomado el Tribunal como aceptación de una venta por parte de Lisandro González o Llano, la que éste hizo de una escritura, según consta al fin del instrumento matriz del juicio, o sea la escritura número 126 de mil novecientos quince, pues allí se lee:

"El comprador, a quien conozco y es mayor de edad y vecino de este Distrito, acepta esta escritura."

Incurrió en el error de hecho de confundir la reserva de la posesión que hizo Antonio González con la limitación específica del dominio que se reconoce con el nombre de usufructo y la venta con reserva de posesión de lo vendido con una donación remuneratoria. Según el Código Civil (artículo 1765), el instrumento público o privado hace fe entre las partes, aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo, y en el presente caso no existe esa relación directa entre lo enunciativo y lo dispositivo de la escritura número 126 de mil novecientos quince, varias veces citada: lo enunciativo llama vendedor a quien se reserva la posesión de lo vendido y comprador a quien solamente aparece como aceptante de la escritura.

También le es imputable a la sentencia el error de hecho consistente en atribuir a los demandantes la prueba de la identidad de Lisandro González o Llano, tan sólo porque la parte demandante dice que los nombres de Lisandro González y Lisandro Llano corresponden a una misma persona. Aquí hay error de hecho, porque toma como un hecho demostrado el que apenas se puede considerar enunciativo. Los demandantes no afirman eso en calidad ni en términos propios de testigos, ni tampoco bajo juramento decisorio, para que la sentencia pase de largo por frente de la falsedad pedida y demostrada en parte sustancial de la escritura matriz, sino que lo dicen quizá en fuerza de su propia sinceridad y buena fe ante la reclamación judicial de sus derechos.

Se considera:

Manifestó el Tribunal que el cambio de apellido en la escritura no ocurrió en parte sustancial de ésta, o al menos no varió en lo mínimo lo que en ella se expresó, porque, según los demandantes mismos, los nombres de Lisandro González y Lisandro Llano corresponden a idéntica persona, y que lo que hubo fue mutación de la verdad en la forma, pero no en la esencia, y sin que mediara mala intención.

Es errónea la aseveración de que un cambio en el apellido de uno de los otorgantes de una escritura no es cambio en parte sustancial de ella; pues es sabido que una de las formalidades sustanciales de las escrituras es la expresión del nombre y apellido de los otorgantes; pero adviértase que el Tribunal atenuó el alcance de su aserto, diciendo que, al menos, el cambio no había alterado la verdad en su esencia, ya que, según los mismos demandantes, Lisandro Llano y Lisandro González eran una sola persona, con lo cual lo aseverado por el sentenciador quedó reducido al caso concreto que estudiaba.

Ni lo manifestado por el Tribunal implica que se hubieran desestimado por omisión las partidas que cita el recurrente (de bautismo y matrimonio de Lisandro Llano y de bautismo de Escolástico Antonio González) y la inspección ocular. El sentenciador afirma, apoyado en el reconocimiento de los propios demandantes, que Lisandro Llano era conocido también con el apellido de González, y esto no es rechazar aquellas partidas, sino que es la indicación de un punto de identidad personal. Tampoco la aseveración de que se trata equivale a negar lo que se acreditó en la inspección ocular con peritos, acerca del cambio de apellido en la escritura. No hay errada apreciación de derecho en estas pruebas por las mismas razones.

En la escritura número 126, citada, se dijo que el comprador la aceptaba. Al tomar la aceptación de la escritura por aceptación de la venta en ella contenida, no hay error evidente de hecho. La frase criticada por el autor del recurso es muy frecuente en las escrituras y su sentido metafórico a nadie se le oculta.

Cuanto a las acusaciones de que el Tribunal incurrió en error de hecho al confundir la reserva de la posesión con el usufructo y la venta con reserva de la posesión con una donación remuneratoria, varias veces se ha dicho en el cuerpo de la presente sentencia que las expresiones del Tribunal, a que el reparo se refiere, son accidentales en el análisis de los indicios aducidos para sustentar la simulación.

Respecto del error de atribuir a los demandantes la prueba de la identidad de Lisandro González y Lisandro Llano, el Tribunal se limitó a decir que ellos reconocían tal identidad, lo cual es cierto, como se ve en este paso de la demanda:

"La adulteración contenida en la escritura número 126, aunque el nombre de Lisandro Llano responda a la misma personalidad de Lisandro González, da margen para considerar la escritura objeto de la falsedad como inexistente....."

Los demandantes dijeron eso no como testigos, sino como tales demandantes, y, por lo mismo, su dicho, aun sin juramento, es prueba del conocimiento que tenían del hecho de la identidad.

b) Error de derecho al apreciar las pruebas del juicio. Se arguye que el Tribunal, al considerar la personería de los demandantes, dijo que a ellos les había hecho falta la demostración de la identidad entre Escolástico Antonio González y Escolástico González y entre Salomé González, madre natural de éste, y Salomé González, ascendiente legítima de los demandantes, y, sin embargo, confirmó la sentencia del Juez, en la cual se declararon no probadas las excepciones por la parte demandada.

"Esto indica que el Tribunal erró en la apreciación de las pruebas referentes a la personería de los demandantes, ya que fundó la confirmación del fallo de primer grado (que dejó a salvo dicha personería) en lo referente a los derechos de aquéllos, en el desconocimiento de la fuerza probatoria de las partidas de defunción, de matrimonio y de nacimientos respectivos, es decir, de defunción de Lisandro Llano y de su matrimonio con Séfora Arbeláez, de nacimiento del mismo; de nacimiento y defunción de Antonio González y de nacimiento y origen de los demandantes."

Respóndese a esto que no es cierto que el Tribunal hubiera fundado la confirmación del fallo en la falta de personería de los demandantes. Echó menos, como ya se expuso, la prueba de identificación (en lo cual incidió en error); pero a pesar de ello, estudió el fondo de las acciones y conducido por ese estudio llegó a la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Al estimar la inspección ocular, pedida por los demandantes,—dice el impugnador—el Tribunal desconoció la fuerza de prueba plena que ella tiene en este caso, e incurrió en error de derecho al apreciarla, por estas razones:

1ª En el acta correspondiente se afirma conjuntamente por el Juez y las partes, ser verdad el hecho de hallarse dos raspaduras en el texto de la escritura número 126, de veintiséis de abril de mil novecientos quince, raspaduras que afectaron el apellido González, correspondiente al comprador, sobre las cuales fue puesto el apellido Llano.

2ª La misma irregularidad fue hallada por la inspección ocular en la firma de Lisandro (el comprador), en la primera copia que de la escritura se sacó, en la boleta de registro y en la diligencia de este nombre.

3ª La ley sustantiva ordena que los nombres, apellidos y palabras se escriban completamente, enmendándose cualquiera equivocación que se cometa, por medio de un paréntesis que encierre la palabra o palabras no válidas, y escribiéndose entre renglones las que deben añadirse, sin lugar a raspaduras, lo cual está absolutamente prohibido y quedando el Notario obligado a salvar debidamente la nota de corrección o enmienda.

4ª Igualmente ordena la ley que en casos como el presente no valgan las correcciones, sino que se dé cumplido crédito a lo primitivamente escrito, cuando las notas de salvamento notarial no estén puestas con arreglo a la ley (artículos 2583 y 2584 del Código Civil).

La nota de salvamento que ostenta la escritura número 126, dice en lo pertinente: "Enmendado Llano, vale"; y como se ve, no está reproducida la palabra enmendada, o sea el apellido González, primitivamente puesto donde hoy se lee **Llano**, ni la enmienda está hecha de conformidad con la ley, la que empieza por prohibir absolutamente las raspaduras y termina dando al Notario reglas de forma para casos de equivocación y alteración en el cuerpo de las escrituras que ante él se otorguen.

"En tal virtud, el honorable Tribunal del fallo ha debido dar cumplido crédito a lo primeramente escrito, o sea al apellido González con que aparece el sedicente comprador de la escritura contemplada; considerar a los demandados como poseedores clandestinos de los bienes materia de la demanda (artículo 774 del Código Civil), y tomar la presentación de aquéllos, sin personería, como un vigoroso indicio de equivalencia definitiva en favor

de los demandantes, respecto a la nulidad de la escritura y del contrato en ella literalmente contenido."

Se considera:

Dijo el Tribunal que el cargo de falsedad, formulado en el numeral 10 de la demanda, se hace consistir en que en el original o matriz de la escritura número 126 se cometió una grave falsedad con el hecho de haberse cambiado, mucho después de firmada dicha escritura y expedida una copia de ella, el nombre de Lisandro González, con que figuraba allí el comprador, por el de Lisandro Llano; y añadió que los cambios de que se trata fueron salvados al fin del instrumento y que no hay prueba de que ellos hayan sido hechos **mucho después** del otorgamiento de ese instrumento.

"Sólo hay un indicio grave de esto, y es que en el registro aparezca también uno de esos cambios."

El cargo actual estriba en que el Tribunal desconoció la fuerza de plena prueba de la inspección y en que incurrió en error de derecho al apreciarla. Como el primer aspecto de este cargo se repite después, será examinado en su lugar.

Cuanto al error de derecho en la apreciación de la diligencia, es de advertir que no resulta establecido. Si es porque de tal diligencia se desprende que la enmienda del apellido del comprador en la escritura no fue correctamente verificada, el error estaría, no en la apreciación de la inspección ocular con peritos, sino en la apreciación de la escritura y su contenido, porque es claro que esta prueba debía servirle al sentenciador para estimar el valor probatorio de la escritura, ya en su parte extrínseca, ya en su fondo. Entretanto, el Tribunal se limita a afirmar que apenas hay un indicio grave de que el cambio acusado se cumplió mucho después del otorgamiento de la escritura, el que, sin duda, no halló suficiente para dar por acreditado el cargo de falsedad; fuera de que también adujo otras razones para desechar el cargo, entre ellas la de ser cosa reconocida que Lisandro González y Lisandro Llano eran un solo sujeto.

Agrega el recurrente que el instrumento defectuoso por falta en la forma vale como instrumento privado, si está firmado por las partes (artículo 1760 del Código Civil). Aquí no puede aseverarse plenamente que la escritura esté firmada por las partes; pero concediendo que sí lo está, el Juez ha debido tomarla como un simple instrumento privado.

"Y entonces, como el contrato de compraventa sobre bienes raíces no se reputa perfecto ante la ley (artículo 1857 del Código Civil) mientras no se ha otorgado escritura pública, el Juez ha debido declarar la nulidad absoluta de este contrato por faltarle uno de los requisitos prescritos por la ley para su valor jurídico (artículo 1741 ibídem; artículo 15, Ley 95 de 1890)."

En lo anterior, que puede contener consideraciones propias de un alegato de instancia, no advierte la Sala un reparo concreto de casación. Se sugiere la violación de algunos textos legales sobre nulidad absoluta; pero como la violación no sería directa, sino que vendría como consecuencia de errores evidentes de hecho o errores de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, han debido demostrarse semejantes errores. No se sabe porqué, en la hipótesis del recurrente acerca de que la escritura está firmada, habría que considerarla como un instrumento privado; pues es de notar que si se concede lo relativo a la firma de tal escritura por Lisandro Llano, es lógico conceder que los otros defectos, menos graves, no alcanzarían a producir la desestimación del instrumento público como tál.

Expone el impugnador que, según el artículo 1770 del Código Civil, la inspección personal del Juez se rige de conformidad con lo estatuído al respecto en el Código Judicial y que en casos como el actual, aquella diligencia hace plena prueba, merced al artículo 733 de este último Código. Pudiera decirse que esta disposición se refiere a los hechos que hayan pasado en presencia del Juez, del Secretario y los testigos, y que nada de esto ocurrió en el evento de la litis, porque las personas que concurrieron a la inspección no vieron raspar los documentos de que se trata, que son diversos y heterogéneos, ni conocieron la mano que puso la palabra Llano en vez del apellido **González.**

"Pero este sesgo interpretativo no puede prosperar ante la consideración ineludible de que lo que importa al Juez en lo Civil es el hecho constante, actual u ontológico, cuyo suceso no tiene solución de continuidad desde que comienza a existir; y en este sentido sí hace plena prueba del hecho que el Juez halla existente en el momento de la inspección ocular, la diligencia escrita de la misma."

El Tribunal apreció mal esta prueba porque, a pesar de la diligencia de inspección practicada con peritos por el Juez y en la cual constan todas las irregularidades anotadas, y sobre todo el hecho evidente de las raspaduras y modificaciones demandadas, no la tuvo como una prueba plena de estos hechos, que son holgado fundamento de la falsedad predicada y pedida.

Probablemente—continúa—influyó en el ánimo del juzgador la afirmación de los peritos respecto del delito de falsedad, lo cual no hace sino presentar una faz distinta del error aquí imputado, porque la falsedad en materia civil no está sometida al delito de falsedad. El Juez de lo Civil sólo aprecia la materialidad de ella, su estructura **ad solemnitatem**, las omisiones o extralimitaciones de su forma, pero sin llegar al fondo, a la parte subjetiva, al autor del hecho o hechos. Esto le corresponde al Juez de lo Penal, y de aquí que, declarada una falsedad por el Juez Civil, ordena éste que se saque copia de lo conducente para que se adelante la correspondiente investigación.

Dice la ley (artículo 710 del Código Judicial) que las escrituras enmendadas o suplantadas en parte sustancial de su contenido, no serán estimadas como prueba, excepto el caso de que se compruebe que la alteración se efectuó sin la intervención ni culpa del interesado. El Tribunal manifestó que en el caso del juicio no hubo ni pudo haber perjuicios de terceros; que los cambios de que se trata fueron salvados al final del instrumento y que no se probó quién hizo las variaciones en el texto de la escritura.

Sigue el autor del recurso formulando otras objeciones y concluye sentando que todo converge a convencer que existe en este caso concreto la prueba más amplia y variada acerca de la falsedad y falsificación pedida por el recurrente; pero que el honorable Tribunal del fallo apreció erróneamente dichas pruebas y pronunció una resolución contraria al derecho y a las pretensiones de la parte demandante.

Se considera:

Compendiando el cargo, él quiere decir que, no obstante las raspaduras y modificaciones que se advierten en la

diligencia de inspección, el Tribunal no tuvo dicha diligencia como prueba plena de aquéllas, que son suficiente fundamento de la falsedad.

Empero, el sentenciador no negó la existencia de los cambios; por manera que sí le reconoció fuerza completa probatoria a la diligencia de inspección acerca de este particular. Sólo que afirmó que apenas hay un indicio grave de que tales cambios se hubieran verificado mucho tiempo después de otorgado el instrumento de compraventa, lo cual es distinto de lo primero. Precisamente, reconociendo que hubo cambios, es como razona para decidir que hay un indicio grave acerca del tiempo en que se efectuaron.

Estima el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente la prueba testimonial aportada al juicio por la parte actora, "pues no obstante ser de diferentes personas y calidades y demostrarse por medio de ella, de modo suficiente, hechos tan claros y precisos como la fama pública acerca de la simulación predicada; la condición fiduciaria en que se hallaban vendedor y comprador recíprocamente; el mayor valor de la cosa vendida respecto del precio vil que se le asignó en la escritura; la incapacidad económica en que estuvo hasta su muerte el comprador de pagar dicho precio (lo cual aparece afirmado de modo indirecto por el mismo vendedor); el deseo que éste tuvo en mil novecientos quince de desheredar a los demandantes de hoy (lo cual está admitido por la sentencia recurrida, folio 83); la convivencia y la relación de subordinado a subordinante entre el comprador y el vendedor, etc., que son otros tántos indicios vehementes y diversos, enlazados entre sí y que concurren a demostrar la inexistencia del contrato, el honorable Tribunal del fallo no les dio el valor probatorio que tienen, y negando los hechos así demostrados, apreció erróneamente esta prueba perentoria y específica del juicio. La intención de las partes en un contrato no se puede buscar con el dedo ni con los sentidos externos, sino con el análisis, con el raciocinio y el ambiente mismo del contrato."

Se considera:

El Tribunal sí tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos, aducidas con la mira de establecer, mediante ellas, indicios de la simulación del contrato; pero analizando estos indicios, no se convenció de la simulación; ellos no le parecieron concluyentes para demostrar la ficción del contrato.

El reparo no va propiamente contra la prueba testimonial en sí misma, sino contra la prueba indicial, sustentada en aquélla, porque para acreditar los indicios fue para lo que se hizo declarar a los testigos; y situada en este punto la cuestión, importa recordar que la apreciación de los indicios es una operación encomendada al criterio personal del juzgador y la Sala de Casación no puede variar esa apreciación sino cuando el recurrente alegue y pruebe error evidente de hecho en la estimación de las pruebas demostrativas del indicio.

Agrega el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la prueba documental, no sólo por lo que toca a la mencionada escritura número 126 de mil novecientos quince, sino a las copias de origen notarial que obran en autos y que demuestran el hecho de haber vendido Antonio González, por medio de mandatario, uno de los bienes raíces que dijo vender en mil novecientos quince a Lisandro González: fue desconocida la condición de plena prueba de estos documentos y quedaron negados los hechos por ellos demostrados. El sentenciador dijo al respecto:

"Que Antonio González continuara poseyendo y disfrutando los inmuebles después de la venta que hizo de ellos, es muy natural, ya que se reservó el usufructo. En cuanto a disposición de ellos, se ha probado que lo hizo sólo respecto a unos, y en cuanto a los demás, la actuación de González no pasó de un intento, acaso de un pensamiento."

Aquí surgen—expone el recurrente—varias observaciones. En primer lugar, la confusión que hace la sentencia entre **usufructo** y **posesión.** Luégo lo relativo a la disposición de los bienes, pues el Tribunal se conforma con que fuera apenas uno de ellos, sosteniendo que en cuanto a los otros, la actuación de González no pasó de un intento o de un pensamiento; expresión ésta que no se aviene con el significado de los términos. En realidad, Antonio González dio poder general a Juan P. Betancur para que vendiera algunos de los bienes que en mil novecientos quince había dicho vender a Lisandro González; y el apoderado vendió uno de tales bienes, diciendo, en nombre de su poderdante, que no lo tenía vendido, enajenado ni empeñado.

"Y a pesar de esto, el honorable Tribunal de Medellín apreció erróneamente estas pruebas solemnes y negó sus derechos a los demandantes."

El sentenciador desconoció este hecho y con él el carácter de plena prueba que a las copias notariales les atribuye la ley en los artículos 1759 del Código Civil y 681 del Judicial.

Se considera:

El reparo referente a la alegada confusión entre usufructo y posesión, quedó explicado antes.

En cuanto a la venta de los bienes por González, después de haberlos vendido a Llano, el Tribunal manifestó haberse probado esa venta apenas respecto de uno, con lo cual apreció el contrato contenido en la escritura número 754, de cinco de noviembre de mil novecientos veintiséis, otorgada en la Notaría de La Ceja; de suerte que el sentenciador no desconoció este hecho. Tampoco negó la existencia del poder otorgado por González a Betancur, mediante la escritura número 721, de veintiséis de octubre del mismo año, pasada en la propia Notaría.

Insiste el impugnador sobre lo dicho por el Tribunal acerca de este asunto, para hacer notar que es errónea la apreciación en cuanto al punto de partida y de llegada, "pues el criterio del juzgador ha debido arrancar del poder general conferido por Antonio González a Juan P. Betancur, el cual abarca la autorización de vender todo lo que era de González, y no la venta única verificada por dicho apoderado en desarrollo de semejante poder. Es claro que el indicio no radica en los actos del apoderado sino en la extensión y alcance que tuvo la voluntad originaria del poderdante." Por esto sostiene que a la prueba se le negó su fuerza.

Empero, téngase presente que lo que hace el Tribunal en el pasaje que se acusa es examinar el indicio de simulación consistente en haber continuado González poseyendo los bienes y usufructuándolos y aun disponiendo de ellos como señor y dueño. Del examen deduce la consecuencia de que el indicio no es grave o convincente, pero sin desconocer la existencia del poder ni la escritura de venta, otorgada por el apoderado Betancur a Ramón Acebedo. Para el análisis del indicio, el

sentenciador toma en cuenta las bases de hecho y en esto no se ha probado error; pero la deducción, la inferencia, como estimación subjetiva, no se halla sometida a la jurisdicción de casación y el reparo del señor recurrente se endereza propiamente contra la estimación crítica del indicio.

Es acusada, por último, la sentencia porque admite un contraindicio basado en un hecho no comprobado en autos, a saber: que Antonio González consintió expresa y formalmente en que los bienes se adjudicaran y entregaran a los sucesores por causa de muerte del comprador Lisandro Llano, hecho que, según el Tribunal, implica una intención decidida en lo relativo a desprenderse definitivamente del dominio de los bienes.

El Tribunal profirió su aseveración en virtud de haberse afirmado en la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes de la sucesión de Lisandro Llano, que Antonio González no se oponía a la entrega de tales bienes a los herederos; pero aun admitiendo que el contraindicio no esté probado, por carecer el aserto de aquella sentencia del alcance que se le atribuye, es lo cierto que el Tribunal no halló gravedad en los indicios alegados para propugnar la simulación y que la Sala de Casación, cuyo oficio es distinto del que incumbe a los Jueces de instancia, no puede hacer por su cuenta una nueva apreciación de ellos.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso de casación.

Se condena al recurrente en las costas que se hayan causado.

Notifíquese y cópiese esta sentencia. Publíquese en audiencia y en la **Gaceta Judicial**. Devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 7º del Circuito de Bogotá, Luis Rincón C., en su propio nombre y como apoderado especial de los esposos José de J. Gutiérrez y Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez intentó juicio ordinario contra Georgina Sánchez de Castro, mujer casada con el señor Efraím Castro, para que se sentenciara:

1º Que la legítima rigorosa que corresponde a la señora Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez en la sucesión del señor Zenón Sánchez, debe pagársele con bienes distintos de los indicados por el testador en la cláusula 5ª de su testamento, otorgado por medio del instrumento público número 1336, de veinticuatro de octubre de mil novecientos veinticinco, Notaría 5ª de este Circuito.

2º Que el testador Zenón Sánchez, por medio de la cláusula 9ª de su testamento, asignó como honorarios al albacea la suma de dos mil pesos moneda corriente, los cuales debe pagársele en la propiedad que allí se determina, pero que si dicha propiedad valiere más de la expresada cantidad, y ello se demostrare en el presente juicio, entonces los honorarios del albacea se le pagarán en dinero efectivo o en un derecho sobre la propiedad, equivalente a lo que le fijó el testador.

3º Costas.

Los hechos fundamentales de la demanda son:

"1º Soy apoderado especial de los esposos José de J. Gutiérrez y Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez, conforme se acredita con la escritura pública número 3219, de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos veintisiete, Notaría 2ª de este Circuito.

"2º Soy dueño de la tercera parte de lo que corresponda a la señora Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez en el presente juicio, conforme se acredita con el traspaso que en legal forma me hizo por medio de la escritura pública citada en el hecho anterior.

"3º El señor Zenón Sánchez falleció en esta ciudad bajo memoria testamentaria, y ésta se encuentra consignada por medio de los instrumentos públicos número 1336, de veinticuatro de octubre de mil novecientos veinticinco, Notaría 5ª de este Circuito, y número 1404, de fecha seis de noviembre de mil novecientos veinticinco, de la misma Notaría, la primera de las cuales encierra el testamento propiamente dicho, y la segunda un codicilo, que aclara algunas cláusulas de dicho testamento.

"4º El testador dispuso que se pagara a la señora Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez, su legítima rigorosa, con bienes que a él no le pertenecían, y que eran o son de propiedad exclusiva de la expresada señora, pues así resulta del mismo testamento, en donde se citan escrituras otorgadas todas a favor de mi mandante, y las cuales no han sido invalidadas en forma legal.

"5º El mismo testador dispuso que se pagara al albacea sus honorarios, que fijó en la suma de dos mil pesos, con la casa número 74 de la carrera 9ª de esta ciudad, y alinderada en la forma que allí se expresa, declarando que para el efecto de ese pago estimaba dicha casa en la misma suma de dos mil pesos, y es lo cierto que tanto en la fecha en que se otorgó el testamento como en la actualidad, la finca vale una suma mucho mayor.

"6º En los inventarios y avalúos que se practicaron de los bienes de que trata el testamento del señor Zenón Sánchez en los puntos anteriormente aludidos, la casa número 74 de la carrera 9ª de esta ciudad, y que fue señalada por el testador para cubrir con ella el precio de los honorarios del albacea, fue avaluada en la suma de dos mil pesos moneda corriente, y es lo cierto que en la fecha en que se verificó ese avalúo la finca aludida valía y vale hoy una suma mucho mayor que por la que allí la estimaron.

"7º Las cláusulas del testamento que dicen relación a los dos primeros pedimentos de la demanda, son la quinta y la novena.

"8º La señora Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez es legitimaria del señor Zenón Sánchez, y ese carácter le resulta de su condición de hija natural del expresado señor, reconocida por medio de su testamento, y aceptado ese reconocimiento en legal forma por medio del instrumento público número 1728 pasado, ante el Notario 5º de esta ciudad.

"9º En su Juzgado cursa el juicio de sucesión del señor Zenón Sánchez."

El demandado, aceptando algunos hechos y negando otros, se opuso a la acción.

El Juez de la causa, en sentencia de cuatro de diciembre de mil novecientos veintiocho, desató la litis así:

"1º La legítima rigorosa que corresponde a la señora Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez, en la sucesión del señor Zenón Sánchez, debe pagársele con bienes distintos de los indicados por el testador en la cláusula quinta de su testamento, otorgado por medio del instrumento público número 1336, de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos veinticinco, ante el Notario 5º de este Circuito.

"2º El testador Zenón Sánchez, en la cláusula novena de su mencionado testamento, asignó al albacea como honorarios la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000) moneda corriente; los que se le pagarán en todo o en parte con una asignación en la casa de que trata dicha cláusula, teniendo en cuenta que el avalúo que a dicha finca se le haya dado en los inventarios de la sucesión del mismo señor Sánchez; y

"3º No hay condenación en costas."

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de veintiocho de julio de mil novecientos treinta, resolvió el pleito en segunda instancia así:

"1º Revócase el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, y en su lugar se resuelve: no hay lugar a declarar que la legítima rigorosa de Ana Rosa Sánchez en la sucesión de Zenón Sánchez, deba pagársele con bienes distintos de los indicados por el testador en la cláusula quinta de su testamento, y en consecuencia se absuelve a la demandada del cargo que se le deduce del numeral primero de la parte petitoria de la demanda.

"2º Refórmase el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada, en los términos siguientes: el testador Zenón Sánchez, en la cláusula novena de su mencionado testamento, asignó al albacea como honorarios la cantidad de dos mil pesos moneda corriente, los cuales se pagarán, a elección del albacea, en dinero, o con una cuota de la propiedad de la casa número 74 de la carrera 9ª de esta ciudad, de que trata dicha cláusula, cuota equivalente a la cantidad de dos mil pesos en relación a cuatro mil cien que era el valor de la casa a la fecha de los inventarios en la sucesión del mismo señor Sánchez.

"3º Confírmase el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

"4º Reconócese la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante Luis Rincón C., en cuanto inició la demanda en su propio nombre y como apoderado de José de Jesús Gutiérrez, y en consecuencia, se absuelve a la demandada de los cargos de la demanda, en cuanto fue iniciada por dichos señores. Queda así adicionada la sentencia apelada; y

"5º No hay lugar a condenar en costas en la segunda instancia a ninguna de las partes."

Todas las partes interpusieron casación. Los recursos son admisibles.

Se procede a estudiar en primer lugar el recurso de la parte demandada, el cual se basa en la primera causal.

El primer motivo de acusación que alega el recurrente para fundar la causal primera, lo hace consistir en que el sentenciador incurrió en error evidente de hecho en la apreciación de la prueba pericial practicada en el juicio, y en este concepto acusa la violación de los artículos 1263, 1264, 1265, 1269, 1270 del Código Judicial, y 35 de la Ley 169 de 1896.

Sostiene el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta la diligencia de inventarios y avalúos practicada en el juicio de sucesión de Zenón Sánchez, diligencia que fue presentada como prueba. Aunque el Tribunal hace referencia a esa diligencia, es lo cierto que no hizo apreciación ninguna de ella, la ignoró deliberadamente para poner toda su atención y formar su criterio de juzgador con fundamento únicamente en el avalúo hecho en el juicio de reforma por tres peritos que no estuvieron de acuerdo. El Tribunal ha debido tener en cuenta aquella prueba, porque en los juicios de sucesión los interesados gozan de toda suerte de garantías y recursos legales para hacer valer sus derechos.

Se considera:

Este cargo carece de fundamento, porque el Tribunal no prescindió en la sentencia de la prueba a que se refiere el recurrente, sino que consideró que el avalúo hecho en una causa mortuoria puede revisarse en un juicio plenario, y encontrando dos dictámenes discordes, se decidió por el practicado en este juicio.

El concepto del Tribunal consta en el siguiente pasaje de la sentencia:

"El Juez a quo prescindió de los dictámenes periciales producidos por el demandante, por considerar que un dictamen no se puede atacar con otro dictamen, y porque el avalúo dado en la mortuoria es el que debe tener en cuenta el partidor. Esto último es cierto mientras en juicio ordinario separado no se haya resuelto otra cosa. Y se dice que en juicio ordinario separado puede revisarse la estimación hecha en una mortuoria, aunque allí no haya sido atacada o no hayan prosperado las objeciones, porque el juicio de sucesión es de naturaleza breve y sumaria, y sus trámites tienen un objeto limitado, como es la liquidación de la herencia, al paso que el juicio ordinario es un juicio plenario, en donde se puede ventilar toda controversia, y la sentencia que en él se dicta es la que hace tránsito a cosa juzgada, y no puede ser revisada en otro procedimiento. Y en cuanto a lo primero, es inexacto, porque todo dictamen se puede atacar con cualquier especie de prueba, y entre las pruebas legales la más adecuada, sobre todo tratándose de avalúos, es la pericial."

Las disposiciones legales que cita el recurrente son todas adjetivas, de mero procedimiento, cuya violación no puede acusarse en casación.

Ese cargo resulta, pues, infundado.

Segundo cargo.

Violación del artículo 79 de la Ley 105 de 1890. Lo funda el recurrente en dos conceptos:

1º Error de derecho, en cuanto el Tribunal dio a los dictámenes periciales rendidos en el juicio el valor de plena prueba, valor que no tienen, de acuerdo con el citado artículo 79, limitándose el juzgador a buscar el medio aritmético, sumando los avalúos y dividiéndolos por tres; y

2º Error de hecho en los dictámenes periciales, en sí mismos considerados.

"Basta leerlos—dice el recurrente—para darse cuenta de que uno de los peritos avalúa sobre la base de 180

varas de terreno, y los otros dos peritos sobre la base de 160 varas. Todo esto demuestra que el Tribunal prescindió del contenido de los dictámenes, de lo que dicen, y optó arbitrariamente por la solución del medio aritmético. Los dictámenes fueron erróneamente apreciados en lo que dicen, y ese error influyó en el fallo acusado."

Se considera:

En cuanto al primer concepto, o sea error de derecho en la apreciación del dictamen pericial y consiguiente violación del artículo 79 de la Ley 105 de 1890, observa la Corte que, de acuerdo con esta disposición, es al juzgador a quien corresponde apreciar la prueba pericial, ya acogiendo o rechazando los dictámenes periciales, ya adoptando el medio aritmético, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 653 del antiguo Código Judicial. El Tribunal con acierto ejerció la facultad que le concede el aríeulo 79 citado. La Corte tiene ya establecida doctrina para fijar el alcance de esta disposición:

"La prueba pericial puede ser plena o no plena, según la estimación del juzgador, quien puede apreciarla como completa o como incompleta, según la fuerza de los fundamentos en que se apoyen los peritos." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo II, número 2035).

No incurre el sentenciador en error de derecho cuando al apreciar los dictámenes de los peritos, que discuerdan en cuanto a la cantidad, prefiere el medio aritmético a la propia estimación que pudiera hacer, separándose de tales dictámenes.

El segundo concepto de este cargo no va dirigido propiamente contra la sentencia del Tribunal, sino contra los dictámenes mismos. Tacha el recurrente estos dictámenes por error esencial, y fuera de que este es un punto nuevo que no fue discutido en las instancias, y por consiguiente inadmisible en casación, no es ante la Corte en donde puede hacerse valer, sino en la oportunidad que señala el artículo 31 de la Ley 100 de 1892.

Los dos conceptos del cargo son igualmente infundados.

Recurso del demandante.

Se aduce para fundar este recurso la primera causal de casación, la que se apoya en los siguientes motivos:

1º Violación de los artículos 1255 y 1239 del Código Civil, "en cuanto la sentencia—dice el recurrente—párte de la base de que los bienes señalados para el pago de la legítima rigorosa de Ana Rosa Sánchez eran de propiedad del testador, y que, por consiguiente, al tenor de los artículos citados podía el testador indicar los bienes con los cuales verificaba el pago de lo debido; pero, como en el presente caso los bienes que el testador señor Sánchez asignó en la cláusula 5ª de su testamento para pagar la legítima rigorosa de su hija, no eran de propiedad de aquél, el juzgador aplicó erróneamente los artículos citados, asignándole el testador el derecho de propiedad sobre bienes cuya posesión y consiguiente propiedad pertenecían y pertenecen a la heredera Ana Rosa Sánchez, y por lo mismo el error de derecho consiste en dar el carácter de bien probado a la simple declaración del testador, de ser de su propiedad los bienes que asignó para el pago de la legítima rigorosa, que por ley le adeuda a la señora Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez, cuando en realidad de verdad tales bienes son de la exclusiva propiedad de la misma Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez."

Se acusa también la violación de los mismos artículos por error de hecho, consistente en aceptar como prueba unas declaraciones de testigos para acreditar que los bienes que el testador asignó en la cláusula 5ª de su testamento a su hija Ana Rosa Sánchez eran de propiedad de aquél. El Tribunal ha debido aplicar el artículo 681 del Código Judicial, porque con las escrituras presentadas se acredita legalmente la propiedad y posesión del dinero a favor de Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez, por constar así en un instrumento público que constituye plena prueba.

Se considera:

La cláusula 5ª del testamento de Zenón Sánchez, en la cual tuvo su origen principal el presente negocio, dice:

"Quinta. Ordeno y mando que a mi hija Ana Rosa Sánchez, casada con el señor José de Jesús Gutiérrez, contra mi voluntad, se le asigne en pago de su legítima rigorosa los siguientes bienes, que considero valen más de la cuarta parte de los que poseo, y que es lo que le corresponde conforme a la ley.

"Primero. El valor de un crédito hipotecario a cargo del señor Medardo Herrera y a favor de mi hija Ana Rosa Sánchez, según escritura número ochenta y tres (83), de fecha treinta de enero de mil novecientos veinte, otorgada en esta misma Notaría, por la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000) oro inglés amonedado y sus intereses, escritura cancelada por mi citada hija en el mes de mayo de mil novecientos veintitrés. De la escritura de hipoteca aparece que es mi hija quien dio el dinero en préstamo, pero la verdad es que en esta parte la escritura hipotecaria es simulada o de confianza, pues el dinero era y es de mi propiedad, como le consta al mismo deudor, señor Medardo Herrera, a quien le entregué al firmarse la escritura en un depósito a la orden contra el Banco de Colombia, expedido a mi favor, y todo esto les consta igualmente a los señores Manuel Jaramillo y Soledad Camacho, que sabían y les constaba que tal dinero era de mi exclusiva propiedad, y que si en la escritura respectiva aparece como de mi hija, quien aparece aceptando la escritura de hipoteca, fue en previsión de que su padre pudiera morir en cualquier momento dejando a esta hija y a su hermana Georgina sin recursos para atender a sus necesidades. Antes de mi último viaje al Exterior en busca de salud, entre las instrucciones dejadas a mi hija Georgina, figuraba la de que si se recogía la obligación del señor Medardo Herrera, ordenara a mi hija Ana Rosa colocar el dinero inmediatamente en el Banco Hipotecario de Colombia, en mi cuenta, para abonarle a dicho establecimiento el dinero que me dio para mi viaje. Pero mi hija Ana Rosa, en vez de cumplir las instrucciones recibidas, y habiendo contraído matrimonio contra mi expresa voluntad, con el señor José de Jesús Gutiérrez, y de acuerdo con éste, se apropió de mi dinero, llevándoselo para la ciudad de Chiquinquirá, según me lo anunció en varias cartas, diz que para colocarlo allá, reditando mejores intereses.

"Segundo. Otro crédito hipotecario a cargo del señor Guillermo Posada Ucrós, y suscrito a favor de mi hija Ana Rosa, según lo reza la escritura número quinientos setenta y cuatro (574), de fecha diez de abril de mil novecientos veintidós (1922), otorgada en la Notaría 3ª de esta ciudad, por la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000) en oro inglés amonedado y sus intereses monetarios hasta la fecha. Esta obligación fue suscrita en las mismas e idénticas condiciones de la anterior, pues en cuanto a la propiedad del dinero es simulada y de confianza,

como le consta al mismo deudor, al señor Manuel Puyo, el que intervino como comisionista, y a la señorita Soledad Camacho, por ser ésta la que acostumbraba a acompañar a mi hija a la celebración de tales actos, y saben y les consta que el dinero era de mi propiedad, y que se lo entregué personalmente al deudor, y que mi hija era solamente intermediaria en esa clase de operaciones, en el pensamiento de que yo pudiera morir sin haberla dejado suficientemente asegurada. Al requerir a mi citada hija por medio de carta fechada en marzo retropróximo, para que me remitiera poder a fin de hacer efectivo el crédito contra el señor Posada Ucrós, como respuesta recibí una carta de su marido, señor José de Jesús Gutiérrez, y concebida en los términos más injuriosos contra mí que darse pueda, diz que en defensa de los intereses de su esposa y de su hijo, cuando lo que yo solicité era la manera de poder hacer efectiva la obligación, que si aparece otorgada a favor de mi hija Ana Rosa, el dinero es de mi exclusiva propiedad; pues mi hija jamás ha tenido otros bienes distintos a los que yo le he donado de manera graciosa. A la carta del señor Gutiérrez respondí en la forma y términos apropiados a las circunstancias, según carta de tres de abril del presente año, de la cual conservo copia, junto con la carta original de Gutiérrez y algunas de mi hija para que sirvan de prueba en caso necesario, y si las circunstancias lo exigieren; pues considero que el procedimiento adoptado por mi hija la hace indigna de suceder, por haber cometido injuria grave en mi persona y bienes.

"Tercero. Igualmente asigno a mi citada hija Ana Rosa Sánchez la suma de dinero que le dejé para que le entregara a mi hija Georgina, y aquélla sabe la cantidad exacta, el cual se apropió en gran parte. El valor de los créditos hipotecarios, uno ya cancelado por mi hija Ana Rosa y el otro vigente, más el dinero que le entregué para mi hija Georgina, y que se apropió, suman una cantidad bastante superior a la cuarta parte de mis bienes, o sea su legítima rigorosa, pues la otra cuarta parte es la legítima de mi hija Georgina, y el resto, o sea la mitad de mis bienes, es de lo que puedo disponer libremente."

El Tribunal, para dar aplicación a los artículos 1239 y 1255 del Código Civil, no se atuvo sólo a la simple declaración del testador—como afirma el recurrente—de ser de su propiedad los bienes que enumera en la citada cláusula de su testamento, sino que apreció y tuvo en cuenta un conjunto de pruebas que figuran en el proceso, de las cuales sacó las siguientes conclusiones:

"1ª Que hasta cuando se casó Ana Rosa no tenía bienes de fortuna algunos, a excepción de una casa de valor de tres mil pesos, que le había regalado su padre, que era quien atendía siempre a todos sus gastos;

"2ª Que la donación de la casa le fue hecha con posterioridad a los préstamos a Herrera y a Posada, de modo que en la época en que lo hizo, ella no tenía dinero de su propiedad para dar en mutuo, ni menos en cantidades como tres mil y dos mil pesos (declaraciones de Serpa y las Camachos y carta del diez de julio de mil novecientos veintiséis).

"3º Que el préstamo a Herrera fue negocio convenido por éste y Zenón Sánchez, a quienes Jaramillo puso en comunicación; que en el convenio para nada intervino Ana Rosa Sánchez; que ésta compareció a la Notaría a firmar la escritura de préstamo, porque su padre la había hecho extender a su favor; que la escritura contiene el contrato que Herrera había pactado con Sánchez; que Herrera pagó a Sánchez la mayor parte de los intereses, y que Ana Rosa canceló la escritura del préstamo, por pago que Herrera le hizo del capital y un saldo de intereses (declaraciones de Jaramillo y Herrera).

"4º Que Puyo puso en comunicación a Posada con Sánchez; que entre los dos se convino el préstamo sin intervención alguna de Ana Rosa Sánchez; que quien entregó el dinero a Posada fue don Zenón, y que si la escritura fue firmada por Ana Rosa, fue por haberlo dispuesto así don Zenón, su padre (declaraciones de Puyo y Posada).

"5º Que Ana Rosa Sánchez confesó extrajudicialmente varias veces, a distintas personas, que su padre había hecho el acto de confianza de poner en cabeza de ella las escrituras por las cuales había prestado su padre a los señores Herrera y Posada las cantidades de tres mil pesos y dos mil pesos, respectivamente; que la suma que su padre le había dejado en confianza, y que aquélla aparecía dando en préstamo, no era de ella sino de su padre, quien la había colocado bajo el nombre de ella, y que ella debía devolvérsela (declaraciones de las Camachos y los Caicedos).

"Por tanto—continúa el Tribunal—si Ana Rosa Sánchez no tenía bienes de fortuna, si los préstamos fueron convenidos por Zenón Sánchez con Herrera y luégo con Posada, sin intervención de Ana Rosa, si ésta firmó las escrituras de los préstamos porque su padre las hizo extender a su favor, o por haberlo dispuesto así este último; si fue Sánchez quien en realidad dio a los mutuarios el dinero prestado y quien estuvo recibiendo los intereses; si la misma Ana Rosa admitió después extrajudicialmente que el poner las escrituras de los préstamos en su cabeza había sido un acto de confianza de su padre, de quien era el dinero y a quien ella debía devolvérselo, síguese que en la celebración de los contratos de mutuo que aparecen en las escrituras número 80, de treinta de enero de mil novecientos veinte, y 574, de diez de abril de mil novecientos veintidós, obró Ana Rosa Sánchez en el lugar y puesto de Zenón Sánchez, por orden y cuenta de éste, esto es, como simple intermediaria.

"Hubo, pues,—concluye la sentencia—mandatos de Sánchez a su hija para la colocación de sus dineros a interés; pues el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (artículo 2142, Código Civil), puede conferirse de cualquier modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, y se reputa perfecto por la aceptación tácita del mandatario, que es todo acto en ejecución del encargo (artículos 2149, 2150)."

Para que el primer concepto del cargo pudiera prosperar, era preciso que el recurrente atacara eficazmente el fundamento primordial de la sentencia, porque la aplicación que el Tribunal hizo de los citados artículos, es consecuencia de aquel fundamento cardinal.

"La Corte ha resuelto en varias decisiones que no es casable una sentencia por mala apreciación de determinadas pruebas, cuando el fallo no se funda únicamente en ellas, sino también en otras que han sido apreciadas jurídicamente, o que no han sido por lo menos atacadas en casación, porque debe suponerse que el Tri-

bunal apreció las pruebas en su conjunto." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo 3º, número 238).

"No puede casarse una sentencia por error de hecho en la apreciación de una prueba considerada aisladamente, si, por otra parte, en el fallo se hizo un cotejo de todas las probanzas utilizadas por las partes en el juicio, y se apreciaron en conjunto, puestos enfrente unos de otros los datos ofrecidos en el pleito, y el Tribunal formó su juicio después de un análisis prolijo de todos los medios probatorios." (**Jursiprudencia de la Corte**, tomo 1º, número 3261).

En cuanto al segundo concepto, o sea el error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial que obra en autos, no discurre con acierto el recurrente en la interpretación que hace el artículo 681 del Código Judicial, puesto que esta disposición debe entenderse en relación con el artículo 1759 del Código Civil, esto es, que "el instrumento público hace plena 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 fe sino contra los declarantes."

El Tribunal tuvo en cuenta para fundar su sentencia, como ya se vio, una serie de pruebas de distinta naturaleza, como cartas privadas, confesión extrajudicial y declaraciones de testigos.

El cargo es infundado.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 2142, 2149, 2150, 2168 y 2177 del Código Civil, por error de hecho y de derecho en cuanto la sentencia dio el carácter de plena prueba a las declaraciones de testigos reproducidas en ella, "que tanto prueban en relación con el contrato de mandato a favor de Ana Rosa Sánchez como de Zenón Sánchez; pues dentro de la realidad de los hechos, si se llegare a aceptar en gracia de discusión que el contrato de mandato de que se viene hablando tuvo existencia legal, es lógico aceptar de acuerdo con los títulos escriturarios que obran en los autos, que para la colocación de las sumas de dinero de que tratan las escrituras atrás citadas, la señora Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez, en su carácter de propietaria de tal dinero, y con escasos conocimientos de las operaciones comerciales, tuvo que valerse de su padre como intermediario para la colocación de aquellos dineros, y esta la razón por la cual don Zenón trató con los mutuarios la colocación del dinero a interés de propiedad de su hija, y concurrió a la Notaría a acompañarla para el otorgamiento de las escrituras, actos todos estos que el señor Sánchez estaba moralmente obligado a ejercitar a favor de su hija, ya por lo que él comprendía que sin su intervención su hija podía ejecutar una mala operación comercial, ya porque como padre generoso y bondadoso debía velar por los intereses materiales de su hija."

Se considera:

En resumen, el fundamento de este cargo se cifra en afirmar que Zenón Sánchez, como padre generoso y bondadoso de Ana Rosa Sánchez, sólo intervino en los contratos de mutuo que constan en las escrituras número 83, de treinta de enero de mil novecientos veinte, Notaría 5ª, y número 574, de diez de abril de mil novecientos veintidós, Notaría 3ª, como consejero de su hija, para evitar que ésta hiciera malas operaciones comerciales.

Sería esta un justa apreciación si no existieran en el juicio todas las pruebas que el Tribunal tuvo en cuenta para llegar a las conclusiones que se dejaron transcritas al estudiar el cargo anterior, las cuales confluyen a sacar verdadera la afirmación que en el momento solemne de otorgar su testamento hizo el testador en la cláusula 5ª.

"Antes de mi último viaje al Exterior en busca de salud—dice el testador—entre las instrucciones dejadas a mi hija Georgina, figuraba la de que si se recogía la obligación del señor Medardo Herrera, ordenara a mi hija Ana Rosa colocar el dinero inmediatamente en el Banco Hipotecario de Colombia, en mi cuenta, para abonarle a dicho establecimiento el dinero que me dio para mi viaje."

"Una vez más le pido perdón por todo—dice Ana Rosa Sánchez a su padre, en carta de fecha diez de julio de mil novecientos veintiséis—y espero que tenga piedad de mí, pues sumerced no puede imaginarse cuánto he sufrido desde que me casé; pues no me dejaba escribirle, dándole cuenta y razón de todo, como lo mismo del dinero; pues fui engañada por este canalla; al recibir dicho dinero lo consigné a favor de sumerced, y al mes siguiente me dijo que era mejor llevarlo para Chiquinquirá, que allá ganaba mayor interés, y así se le podía tener capital e intereses más adelantados; yo me alegré con esto, porque pensé que sumerced veía que se le tenía su dinero intacto; pero vino mi enfermedad, y los réditos los gastó para ese efecto. Yo muriéndome de pena con sumerced; pues sabe perfectamente mi honradez."

"..... y si a esto se agrega—continúa el testador en la cláusula 6ª—el dinero que le entregué al señor Ricardo Serpa, vendedor de la casa que aparece comprando mi hija Ana Rosa Sánchez por escritura número 1574, de fecha veintidós de octubre de mil novecientos veintidós, otorgada en la Notaría 4ª de esta ciudad, más lo que gasté en mejoras de la misma finca, queda suficientemente pagada su legítima rigorosa."

"También le diré—dice Ana Rosa en la carta citada—que pienso separarme, pero por medio de abogado, y ver cómo se puede sumerced hacerse a su dinero, y como también está sobre el otro. La casa que sumerced me dio, esa sí está lo mismo, yo tengo la escritura."

Estas declaraciones de la demandante, corroboradas por el dicho de todos los testigos que cita el testador en su testamento, sacan a éste verdadero, en cuanto afirma que eran suyos los créditos escriturarios dichos, y dan gran firmeza a las conclusiones a que llegó el Tribunal en el pasaje de la sentencia que se dejó transcrito más arriba.

En la cláusula 6ª de su testamento declara el testador:

"Mi voluntad sería la de desheredar a mi hija Ana Rosa Sánchez, por la injuria grave cometida en mis bienes y persona, pero me basta la sanción moral.....," y, sin embargo, siendo el reconocimiento un acto libre y voluntario de la persona que reconoce, como "padre generoso y bondadoso," otorgó a Ana Rosa el carácter de hija natural (cláusula 2ª), no obstante los actos ejecutados por ésta, y que en concepto del testador la hacían indigna de sucederle en sus bienes. Es este un dato muy importante, que constituye una prueba de altísimo valor moral.

La Corte acoge el concepto del Tribunal, en cuanto afirma que "hubo mandatos de Sánchez a su hija para la colocación de sus dineros a interés; pues el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera; puede conferirse por cualquier modo inteligible y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, y se reputa perfecto por la aceptación tácita del mandatario, que es todo acto en ejecución del encargo.

No viola, por tanto, la sentencia los artículos que menciona el recurrente, y el cargo es infundado.

Los cargos tercero y cuarto se pueden refundir en uno solo, consistente en acusar la sentencia por error de hecho y de derecho al aceptar las cartas y declaraciones de testigos como prueba plena, desatendiendo el valor legal probatorio de las escrituras públicas en que constan los contratos de mutuo celebrados entre Ana Rosa Sánchez y los señores Medardo Herrera y Guillermo Posada Ucrós. Como consecuencia de tales errores, se acusa la violación de los artículos 681 del Código Judicial y 1759 y 1765 del Código Civil.

Se considera:

Como se ha visto en el extenso análisis del cargo anterior, Ana Rosa Sánchez obró como mandataria de Zenón Sánchez en los contratos de mutuo, celebrados por aquélla con Medardo Herrera y Guillermo Posada Ucrós.

Para fijar el alcance de los artículos 681 del Código Judicial y 1765 del Código Civil, es menester relacionar estas disposiciones con el artículo 1759 del Civil, de acuerdo con la doctrina uniforme de la Corte.

"Si bien es cierto que, conforme al artículo 1759 del Código Civil, las declaraciones hechas en un instrumento público hacen plena fe contra el declarante, esta disposición debe entenderse, según lo ha establecido la Corte en otros fallos, en el sentido de no obstar eso para que la parte pueda probar por los medios que la ley concede, que las obligaciones expresadas en el documento han sido cumplidas por las partes." **(Jurisprudencia de la Corte,** tomo 2°, número 898).

"La declaración contenida en una escritura pública de haberse pagado el precio de venta, admite prueba en contrario entre las partes contratantes, según lo ha resuelto la Corte al aplicar el artículo 1759 del Código Civil. De donde se deduce que el artículo 1934 debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir acción contra terceros hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura." **(Jurisprudencia de la Corte,** tomo 2°, número 1914).

"El artículo 1934 del Código Civil se refiere precisamente a los casos de resolución de contratos, y según sus términos, contra lo declarado en la escritura, puede admitirse prueba entre los otorgantes, y no contra terceros, respecto de los cuales se admiten sólo las de nulidad o falsificación de la escritura." **(Jurisprudencia de la Corte,** tomo 2°, número 2234).

Por consiguiente, el Tribunal aplica acertadamente las disposiciones que el recurrente considera violadas por la sentencia, y el cargo es ineficaz.

Por último, el recurrente acusa la sentencia por violación del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, y sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho, consistente en dar el carácter de plena prueba a las declaraciones de testigos, con el fin de demostrar la propiedad de una suma mayor de quinientos pesos, y al aceptar como principio de prueba por escrito las cartas cruzadas entre Ana Rosa Sánchez y Zenón Sánchez. Tales cartas—sostiene el recurrente—no forman principio de prueba, porque "para que pudiera ser tenido en cuenta ese principio de prueba por escrito, era necesario a todas luces que en esas cartas existiera la constancia expresa, clara e inequívoca, de que la señora Ana Rosa Sánchez de Gutiérrez se refería en esas cartas a las mismas cantidades de dinero de que tratan las escrituras tántas veces citadas, es decir, ésta debía haberle dicho a su padre por escrito: la suma de dos mil pesos y la suma de tres mil pesos, que son de su propiedad, y que me dio para colocarle, están invertidas de tal manera, y así sí podría el Tribunal afirmar que existe principio de prueba por escrito, porque para que éste surta efectos legales, es necesario que aparezca con evidencia meridiana, y es bien notorio que en el presente caso las cartas, por ninguna parte, tratan de tales sumas de dinero; de modo muy ambiguo, sin especificación, sin determinación de ninguna naturaleza, las cartas tratan de un dinero."

Se considera:

La parte de la sentencia en que el Tribunal se refiere al punto que se estudia en este cargo, dice:

"No puede objetarse que por versar estos contratos sobre cantidades mayores de quinientos pesos, no puede acreditarse como prueba testimonial, porque la demandada, que es la interesada en dar la prueba, ha aducido un principio de prueba por escrito, como son las cartas de Ana Rosa Sánchez, que ésta reconoció y que atrás se transcribieron, las cuales hacen verosímil los hechos que se trata de esclarecer, comoquiera que en ellas Ana Rosa da cuenta del dinero a su padre, diciéndole, después de que Herrera le había pagado, que estaba colocado sobre buena hipoteca, con un plazo de un año; que su marido no la dejaba escribirle, dándole cuenta y razón de todo, lo mismo que del dinero; al recibir el dinero lo consignó a la orden de su padre; que después lo llevó para Chiquinquirá; que los réditos los gastó en su enfermedad; que piensa ver cómo se puede obrar para que su padre se haga a su dinero, y que su marido también está detrás del otro dinero; que no podía ser sino el que debía Posada."

Como se ve, el Tribunal aceptó las supradichas cartas como un principio de prueba por escrito, fundándose, con acierto, en que basta que el acto escrito haga verosímil el hecho litigioso, según la definición que trae el artículo 93 de la Ley 153 de 1887. Es desde todo punto injurídico el concepto del recurrente, en cuanto afirma que para que exista principio de prueba por escrito es necesario que en las cartas exista la constancia expresa, clara, e inequívoca, tanto de que su autora se refería a las cantidades de dinero de que tratan las escrituras ya citadas, como a la cuantía, y que es preciso que todo eso aparezca con evidencia meridiana.

Si tales requisitos se exigieran y se hallaran comprobados, las cartas no serían ya un principio de prueba por escrito, sino una confesión expresa, clara, inequívoca y de evidencia meridiana. La ley no exige todos esos requisitos en el principio de prueba por escrito, sino que basta que éste **haga verosímil el hecho litigioso,** y la ve-

rosimilitud es algo sustancialmente diferente de la evidencia.

Hallándose en los autos el principio de prueba que exige la ley, es admisible la prueba testimonial, en armonía con lo dispuesto por el citado artículo 93.

El cargo es, por ende, infundado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha veintiocho de julio de mil novecientos treinta.

Sin costas en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Son antecedentes de esta litis los siguientes hechos, debidamente comprobados en este proceso:

El trece de diciembre de mil novecientos veintiuno, en la parroquia de Santa Gertrudis, de Envigado, Arquidiócesis de Medellín, contrajeron matrimonio **in faciae eclesiae** José María Bohórquez y Margarita Bonett.

El catorce de octubre de mil novecientos veintitrés, el Cura de la parroquia de La Veracruz, en Medellín, elevó al señor Arzobispo de esa Arquidiócesis la siguiente petición:

"Ilustrísimo señor:

"Pido respetuosamente a Vuestra Señoría Ilustrísima se digne dar el decreto correspondiente para la legitimación de la niña Nelly Bonett. Sus padres la reconocen como hija suya. Le acompaño las partidas de matrimonio y bautizo.

"Dios guarde a Vuestra Señoría Ilustrísima.

"**Domingo A. Henao, Cura**"

A la referida solicitud recayó el siguiente decreto del Gobernador eclesiástico de la Arquidiócesis:

"Nos, Manuel José Caicedo, por la Gracia de Dios y de la Santa Sede Apostólica, Arzobispo de Medellín, asistente al Solio Pontificio, etc.

"Vista la petición que por conducto del señor Cura de La Veracruz hacen los cónyuges José María Bohórquez y Margarita Bonett para que se declare la legitimación de María Nelly, y vistos los documentos conónicos del caso,

"**decretamos**

"Declárase a María Nelly hija legítima de los cónyuges arriba nombrados.

"Dado en Medellín a 24 de octubre de 1923.

"**Manuel José, Arzobispo.**

"**Eladio J. Jaramillo, Secretario.**"

El veintisiete de junio de mil novecientos veintiocho, José María Bohórquez otorgó testamento nuncupativo en la Notaría 4ª del Circuito de Medellín, bajo el número 2064, y en él declaró y dispuso lo siguiente:

"Segundo. Soy hijo legítimo de los señores Domingo Bohórquez y Mercedes Hidrón, que están vivos. Soy casado con la señora Margarita Bonett, y en nuestro matrimonio hubo dos hijos, que murieron sin dejar descendencia, y se llamaron José María y Paulina. No tengo, pues, descendientes legítimos vivos, y tampoco tengo hijos naturales reconocidos por mí con los requisitos legales.

"Tercero. Los bienes que hoy existen en mi patrimonio son, en parte, de mi exclusiva propiedad, y otros de la sociedad conyugal, como se demostrará en su oportunidad, por mis herederos y albaceas, al hacer la liquidación de la sociedad conyugal y la de la sucesión.

"Cuarto. Como no tengo descendientes legítimos, hechas las deducciones legales de que trata el artículo mil diez y seis (1016) del Código Civil, dispongo que mis padres legítimos nombrados, señores Domingo Bohórquez y Mercedes Hidrón, además de lo que les corresponde, según la ley, como legitimarios de los bienes de mi herencia, o sea de la mitad, tengan y lleven la mitad restante de tales bienes, pues los constituyo herederos en esa mitad, por iguales partes, en virtud del derecho que me asiste de disponer de ella a mi arbitrio. En caso de falta de alguno de ellos, antes de mi fallecimiento, el otro llevará íntegra la herencia que a ambos les asigno, siempre sin perjuicio de la legítima."

José María Bohórquez murió en Medellín el cuatro de julio de mil novecientos veintiocho, según la partida de origen eclesiástico, que obra en autos; y el veintitrés del mismo mes, la expresada Margarita Bonett, en escrito de esa fecha, repartido al Juzgado 3º del Circuito de Medellín, formuló la demanda en que se inició el presente juicio, en estos términos:

"1º Según el acta eclesiástica que acompaño, fui casada legítimamente con el señor José M. Bohórquez, fallecido en esta ciudad el día tres de los corrientes.

"2º Antes de nuestro matrimonio, y sin que hubiera mediado inconveniente legal ninguno para contraerlo, hubimos por nuestra hija a María Nelly, la cual fue legitimada por nosotros después del matrimonio, como puede verse por las actas de origen eclesiástico que acompaño.

"3º Durante nuestro matrimonio hubimos por nuestros hijos a José María y Paulina, quienes murieron en la infancia, sin que hoy haya más descendencia legítima que la citada María Nelly, menor de diez años; y

"4º Mi citado esposo otorgó testamento ante el señor Notario 4º de Medellín, según instrumento público número 2064, de veintisiete de junio último, y en él no reconoce descendencia legítima ni natural, pues instituye por sus herederos universales a sus señores padres, don Domingo Bohórquez y doña Mercedes Hidrón, a quienes dice les deja la mitad de sus bienes, que diz que les corresponde como legitimarios, y la otra mitad que, según el testador, puede disponer de ella libremente.

"Por tanto, en mi propio nombre y en el de mi citada hija María Nelly Bohórquez B., menor de edad, demando por la vía ordinaria a los expresados cónyuges, señores Domingo Bohórquez y Mercedes Hidrón de B., quienes

son mayores y vecinos de Medellín, donde tienen su residencia, para que, con su citación y audiencia, se declare por usted en sentencia definitiva:

"**a)** Que son absolutamente nulas las cláusulas segunda, tercera, cuarta y sexta (2ª, 3ª, 4ª y 6ª) del testamento otorgado por el señor José María Bohórquez H., mi finado esposo, según instrumento público número 2064, de veintisiete de junio de mil novecientos veintiocho, pasado en la Notaría 4ª de Medellín.

"**b)** Que mi citada hija María Nelly Bohórquez B., es descendiente legítima del señor José María Bohórquez H., mi finado esposo, y que como tál tiene derecho a sucederlo, sin perjuicio de la porción conyugal que pueda corresponderme.

"**c)** Que mi expresada hija tiene derecho a sucederlo con intervención en el respectivo juicio mortuorio, por quien la represente legalmente.

"**d)** Subsidiariamente, y para el remoto caso de que no se hagan todas las declaraciones anteriores, o que no se le declare descendiente legítima, que se le reconozca como hija natural, con todos los derechos que determinan las leyes sustantivas."

Expresa en seguida los fundamentos legales en que apoya la demanda.

En escrito de seis de agosto del mismo año, adiciona o enmienda su demanda así:

"Que para el caso de que no se hagan las declaraciones pedidas, subsidiariamente se declare:

"Reformado el testamento acompañado a la demanda, en el sentido de que los bienes del difunto se distribuirán así: la mitad, más la cuarta parte, a mi hija María Nelly Bohórquez, y la cuarta parte restante a los citados cónyuges Domingo Bohórquez y Mercedes Hidrón de B., sin perjuicio de la porción conyugal."

La parte demandada contestó la demanda, oponiéndose a todo lo pedido en el libelo y en el escrito que lo reforma; y el veinticinco de enero de mil novecientos veintinueve, el Juzgado profirió sentencia, en la cual niega las peticiones de la demanda.

La demandante apeló de esa sentencia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta, falló el recurso así:

"1º No es el caso de hacer las declaraciones impetradas bajo la letra **a)** de la parte petitoria de la demanda.

"2º Se declara que María Nelly Bohórquez es hija legítima de José M. Bohórquez y Margarita Bonett; y que en su carácter de hija legítima tiene derecho de heredar al finado Bohórquez. Esto sin perjuicio de la porción conyugal que corrresponda a la señora Margarita Bonett viuda de Bohórquez, esposa que fue del de **cujus**. En el respectivo juicio de sucesión intervendrá la niña María Nelly por medio de su representante legal.

"3º No es el caso de hacer la declaración solicitada bajo la letra **d)**.

"4º Se reforma el testamento otorgado por el finado José M. Bohórquez, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos veintiocho, ante el Notario 4º de este Circuito, por escritura número 2064. La cláusula cuarta del referido testamento quedará así:

'Instituyo por mis herederos a mi hija legítima María Nelly Bohórquez, en lo que le corresponda por legítima rigorosa y por la cuarta de mejoras, sin perjuicio de la porción conyugal a que tenga derecho mi esposa Margarita Bonett; y a mis padres legítimos, señores Domingo Bohórquez y Mercedes Hidrón, a quienes dejo la cuarta de libre disposición de mis bienes. En caso de fallecer alguno de mis padres antes que yo, llevará el sobreviviente la cuarta de libre disposición. Respecto de la porción conyugal que corresponda a mi esposa, se tendrán en cuanta las limitaciones de que tratan los artículos 1230, 1234, 1236 y 1238 del Código Civil.'

"Sin costas."

La parte demandada interpuso el recurso de casación, y a la vez la fundó ante el Tribunal, invocando las causales primera y segunda de las señaladas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896. La Corte declara admisible el recurso y procede a fallarlo, comenzando por el examen de la causal segunda, que se funda en estos motivos:

"**a)** Porque sólo 'para el caso de que no se hagan las declaraciones pedidas en la demanda' principal, fue que se pidió, subsidiariamente, que se decretara la reforma del testamento, y, a pesar de eso, el Tribunal no sólo falló favorablemente la demanda principal, sino que también despachó en igual sentido la petición subsidiaria; y

"**b)** Porque lo pedido en la demanda es que se declare que María Nelly es descendiente legítima de José María Bohórquez, y la sentencia la declara hija legítima de éste."

Como se ve, en ambos motivos, el concepto del recurrente es que en la sentencia hay exceso con relación a lo demandado; y, como si ello fuera así, no sería el caso de devolver el expediente al Tribunal para que dicte un fallo congruente, sino el de modificar la sentencia recurrida, precisa reservar estas cuestiones para considerarlas después, si del examen que se haga de los motivos en que se funda la primera causal, resultare que no hay lugar a infirmar la expresada sentencia.

Entre los motivos que aduce el recurrente en apoyo de la causal primera, se acusa la sentencia por violación directa de los artículos 236 y 239 del Código Civil, y por errónea interpretación del artículo 16 de la Ley 153 de 1887, y error de derecho en la apreciación de los documentos presentados para comprobar que la niña Nelly es hija legítima.

Los conceptos del Tribunal que motivan esas acusaciones, pueden considerarse resumidos en los siguientes pasos de la sentencia recurrida:

"Pero si el Código Civil, expedido en 1873, no se refiere en sus artículos 236 y siguientes a legitimación de hijos de matrimonios católicos, porque según el artículo 115 del mismo, sólo producirá el matrimonio efectos civiles y políticos cuando se celebre ante el Juez Municipal; el Código Civil fue reformado en gran parte en el artículo 12 de la Ley 57 de 1887, que reza:

'Son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico.'

"Luego desde 1887, el matrimonio católico es determinante de estado civil, y, por tanto, es modo de legitimación de los hijos. Según el artículo 17 del Concordato, sólo producirá efectos civiles el matrimonio de los que

profesen la religión católica, cuando se celebre conforme a las disposiciones del Concilio de Trento. Y como el matrimonio católico se rige por las leyes de la Iglesia, son inseparables los efectos civiles y políticos del matrimonio, de las leyes canónicas que regulan las cosas que se relacionan inmediata y directamente con las causas matrimoniales. Son también determinantes del estado civil, debiéndose regir por los sagrados cánones, las partidas eclesiásticas de matrimonios, nacimientos y defunciones, a las cuales asignó el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, carácter de pruebas principales de estado civil.

"..... como el matrimonio católico se rige por las leyes canónicas, éstas son determinantes de estado civil, y es preciso tenerlas en cuenta como leyes accesorias a la determinación de ese estado."

Transcribe el Tribunal el canon 1116, traducido de la obra de J. T. Ripoll, que establece que "por medio del matrimonio subsiguiente de los padres, sea verdadero o putativo, ya contraído por primera vez, ya revalidado, y aunque no esté consumado, se hace legítima la prole, con tal que los padres fueran aptos para contraer matrimonio al tiempo de la concepción, de la preñez o del alumbramiento."

"Ahora bien—observa el Tribunal—si el matrimonio católico, según otras leyes, produce efectos civiles, dejaría de producirlos si pudiese llegar al caso de que fuesen legítimos los hijos de un matrimonio católico ante el Código Canónico e ilegítimos ante el Código Civil. Si tan extraña anomalía se admitiese, quedaría desquisiado el principio constitucional de que es la religión católica **'elemento esencial del orden social,'** porque resultaría trastornado en la familia.

"En otro lugar del mismo fallo recurrido agrega el Tribunal:

'Al matrimonio católico, como medio generador de legitimación, aludía la Corte Suprema, por medio de su vocero, el doctor Germán D. Pardo, cuando—ante el Senado de mil novecientos diez y seis—se opuso la Corte al proyecto de ley 'por la cual se aclara el artículo 239 del Código Civil y se aclara y reforma el artículo 22 de la Ley 57 de 1887.' Este proyecto, que tenía por objeto que se admitiese como válida la legitimación de hijos hecha en el acta eclesiástica de matrimonio, y que había pasado de la Cámara de Representantes al Senado, fue combatido por el Magistrado doctor Pardo en nombre de la Corte, diciendo que no se necesitaban leyes aclaratorias ni reformatorias, sino Jueces lo bastante ilustrados para saberlas interpretar. Decía el doctor Pardo:

'Y así como una vez probado el matrimonio nadie exigiría otra prueba para admitir todos los efectos anotados en primer lugar a priori, nadie, dado aquel necesario antecedente, puede exigir prueba especial para admitir la legitimación, considerada desde el punto de vista de su **causa eficiente y generadora**..... Si, por lo expuesto en el artículo 237 del Código Civil está incluído desde las reformas legales de 1887, el matrimonio católico **como causa de legitimación, y si además ella se prueba con el acta eclesiástica de que trata el artículo 22 de la Ley 57 de 1887,** por cuanto con ella se prueba el matrimonio mismo **que lleva como efecto civil esa legitimación,** no se advierte la necesidad de reformar el proyecto.' '

"Por tanto, la legitimación de la niña Nelly puede considerarse basada en dos causas distintas, aunque conexas:

"1. La legitimación por el matrimonio de sus padres, como causa generadora, al tenor del canon 1116, y al tenor de la tesis sustentada por la Corte Suprema ante el Senado, y que fue después sostenida por el doctor Antonio J. Cadavid.

"2. La partida de nacimiento en que consta que la niña Nelly es legítima. Esta prueba no admite la contraria, según la Corte Suprema, porque siendo el matrimonio causa generadora de legitimación, es imposible separar la causa del efecto, y, en el caso de autos, tienen relación de causa a efecto el matrimonio de los padres de la niña Nelly con la partida eclesiástica de nacimiento en que se hizo constar, con vista del matrimonio celebrado, que era hija legítima.

"Desde el primer punto de vista (legitimación por matrimonio posterior), no hay que confundir el derecho con la prueba. La legitimación se produjo por el matrimonio. Pero como éste no demostraba que la niña fue hija de los contrayentes, la prueba vino a producirse por la solicitud que éstos hicieron al Ilustrísimo señor Arzobispo para que legitimase a María Nelly. En virtud de esa solicitud, el señor Arzobispo ordenó que se verificase en los libros parroquiales una contrapartida, de modo que sólo quedase canónicamente como partida de nacimiento de la niña, una sola: la en que consta que es hija legítima."

El recurrente, en su demanda de casación fundada ante el Tribunal, acusa la sentencia, entre otros motivos, por errónea interpretación del artículo 16 de la Ley 153 de 1887, y por violación directa de los artículos 236 y 239 del Código Civil.

"Todo el nervio jurídico de este litigio—dice—la parte esencial que debe resolverse, es si en caso de distintas disposiciones, canónicas las unas y civiles las otras, deben aplicarse aquéllas, en virtud del respeto que se les debe, sobre éstas. Esto es, se trata de establecer si por lo que respecto a la legitimación de hijos rige el derecho canónico o el civil. Es necesario fijar entonces el alcance efectivo del artículo 16 de la Ley 153 de 1887, que es el mismo artículo 3° del Concordato.

"El Tribunal considera que a virtud del respeto debido a la legislación conónica, solamente son aplicables estas leyes para regular todos los efectos del matrimonio....

"El Tribunal desconoce en este paso de la sentencia el principio legal de que la legislación civil es independiente de la canónica...

"Considero—agrega el recurrente—que está erróneamente interpretado este artículo, el 16 de la Ley 153 de 1887, porque él no consagra la sumisión de una legislación a otras, sino su independencia....."

Acúsase asímismo la sentencia porque "el Tribunal, al reconocer en estos pasajes y en otros muchos, que por el solo matrimonio católico se legitiman los hijos, aunque no hayan sido reconocidos como naturales antes, aunque el reconocimiento no se haya hecho en el acta de matrimonio, y aunque no se haya otorgado escritura pública de reconocimiento después, violó el artículo 236, que exigió perentoriamente esos requisitos."

Dícese, además, que "el Tribunal, al decir que el matrimonio por sí solo, sin ninguno de los requisitos solemnes del artículo 239, legitima los hijos nacidos antes del matrimonio, viola expresamente dicho artículo;"

Para resolver, se considera:

Lo dispuesto en las Leyes 57 y 153 de 1887, de que los matrimonios que se celebren conforme al rito católico son válidos, "se reputan legítimos y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio; no autoriza el concepto de que ese matrimonio produce la legitimidad de los hijos en todos los casos admitidos por el derecho eclesiástico, aunque no estén reconocidos por la ley civil de la República; pues lo que allí se establece es únicamente que el matrimonio católico surte los mismos efectos civiles y políticos que el Código Civil le señala al que se celebre conforme a sus propias disposiciones, como el de legitimar **ipso jure** a los hijos que respecto de ambos cónyuges tengan la calidad legal de hijos naturales.

En casación de treinta y uno de julio de mil novecientos veinticuatro, la Corte hizo notar que:

"La Conferencia Episcopal tiene resuelto que en las actas del matrimonio eclesiástico se llene el requisito ordenado por el artículo 239 del Código Civil; lo que prueba que la autoridad eclesiástica, al interpretar la Constitución (artículo 53) y el Concordato (artículos 2° y 3° de la Ley 35 de 1888), no ha pretendido que la ley canónica sobre matrimonio haya de anteponerse a la civil cuando se trata de decidir acerca de los efectos de este contrato y sacramento, que corresponden al orden temporal y al dominio del derecho civil.

"El acta de matrimonio en que los padres deben designar los hijos que legitiman, a que alude el artículo 239 del Código Civil, es toda acta de matrimonio válido que se celebre, y que conforme a la ley debiere producir efectos civiles." (Casación, 23 de julio de 1925, XXXI, 281, 1ª).

"Si en una partida eclesiástica de matrimonio, el párroco, por olvido u otra causa, omitió, al hacer la inscripción, dejar constancia en ella de la designación que hicieran los contrayentes de los hijos que legitimaban (artículo 239 del Código Civil), no basta para que la legitimación se produzca, que en vista de la prueba testimonial sumaria presentada ante la autoridad eclesiástica, se haya hecho por orden del prelado la enmienda con nota marginal de la partida, y de ello dé fe el párroco; pues la ley civil exige una tramitación ante el Juez con audiencia de los interesados para subsanar el error u omisión (artículo 407 del Código Civil), formalidad que es preciso observar aquí por ser la legitimación voluntaria una institución de derecho civil." (Casación, 31 de julio de 1924, XXXI, 96, 3ª).

Como se ve, la jurisprudencia ya sentada por esta Superioridad, justifica los cargos formulados por el recurrente, y como los conceptos del Tribunal a que ellos se refieren constituyen el verdadero fundamento del fallo recurrido, es el caso de proceder a infirmarlo. Para fundar la sentencia que ha de reemplazar a la del Tribunal, bastan las razones que se acaban de exponer.

En tal virtud, 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, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta, y en su lugar resuelve:

Confírmase la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el Juzgado 3° en lo Civil del Circuito de Medellín, el veinticinco de enero de mil novecientos veintinueve.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

El apoderado judicial de la señora Cristina Montejo de Gutiérrez solicitó del Juez del Circuito respectivo, en esta ciudad, el cumplimiento de la sentencia sobre interdicción por causa de demencia de la señora María Rafaela Gutiérrez Montejo, proferida por la primera Sala del Tribunal de primera instancia del Departamento del Sena, en la ciudad de París.

El Juez del conocimiento conceptuó que el negocio era de competencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 32, numeral 3°, y 1228 del actual Código Judicial, porque si bien la solicitud se hizo bajo la vigencia del antiguo Código Judicial, la última disposición citada ordena que se apliquen a los juicios pendientes los nuevos reglamentos judiciales, menos en los que dice relación con los términos vencidos, los recursos interpuestos, las tercerías e incidentes.

Considera la Corte ajustada a derecho la resolución del Juez, ya que la disposición del artículo 1228 del Código Judicial es de suyo clara y expresa, y por ello avoca el conocimiento del asunto.

Según la nueva ley judicial (artículo 555), para que una sentencia dictada en un país extranjero tenga fuerza en Colombia, es indispensable que esa fuerza sea reconocida por tratados públicos, y a falta de éstos, la fuerza que tenga en Colombia es la que en el respectivo país se le otorgue a las sentencias dictadas por los Jueces colombianos.

Ahora: en este asunto no se ha traído la prueba, consistente en tratado público que exista entre Colombia y Francia, para poder saber qué han estipulado estos dos países sobre la fuerza de las sentencias judiciales pronunciadas en uno de ellos para cumplirse o ejecutarse en el otro, y a falta de esa prueba principal ha debido acompañarse la supletoria, es decir, demostrar qué fuerza tienen en Francia las sentencias dictadas en Colombia, y si allí pueden ejecutarse. Faltando esas comprobaciones, no puede la Corte ordenar lo que solicita el apoderado de la señora Cristina Montejo de Gutiérrez.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a lo solicitado en el memorial de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Luciano Valbuena, en nombre y prepresentación de su legítima esposa, Betsabé Clavijo de Valbuena, demandó ante el Juez del Circuito en lo Civil de Bogotá a Clara Medina, personalmente, y como representante de sus menores hijos, Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca María e Isabel, para que mediante los trámites de un juicio ordinario, sean condenados los demandados:

"1º A restituírle a mi mujer, Betsabé Clavijo de Valbuena, el terreno especificado en esta demanda y sus accesiones del suelo, como las edificaciones. Clara Medina debe ser condenada a restituír la mitad del inmueble, y sus hijos menores la otra mitad, esto es, que cada uno de éstos debe restituír la porción que le fue adjudicada en la partición subsiguiente al juicio sucesorio antes mencionado.

"2º A pagarle a mi mujer las prestaciones a que son obligados por la ley los poseedores de mala fe; cada uno de los demandados en proporción de la parte alícuota por que se le demanda.

"3º A restituír el inmueble, y cada parte de él, libre de todo gravamen, y dentro de un plazo que el juzgador fijará en sentencia definitiva.

"4º A pagar las costas de este juicio en todo su trámite."

Como fundamento de la demanda se expresaron los siguientes hechos:

"Primero. Por medio de la escritura número 606, otorgada en la Notaría 3ª de este Circuito el día seis de junio de mil novecientos diez, que en copia registrada acompaño, el señor Eladio Clavijo (hermano de mi mujer), le compró a la señora Elisa Guzmán de Rosas un lote de tierra ubicado en el barrio de San Diego de esta ciudad, calle veinticinco, marcado actualmente en su puerta de entrada con el número diez y ocho, y alinderado especialmente así, según reza la escritura ya citada:

'Por el Norte, con tierras de María de J. Fernández y Genoveva Rosas G.; por el Sur, con la calle veinticinco; por el Oriente, con propiedad de la señora Clementina Rosas de Rodríguez, y por el Occidente, en parte, con propiedad de Alonso Martínez Madriñán, y en parte, con tierras de los señores Roberto y Josefina Rosas.'

"Este lote tiene una cabida de mil trescientas siete (1,307) varas cuadradas, y contiene algunas edificaciones que hacen parte del objeto comprado por Eladio Clavijo a Elisa Guzmán de Rosas.

"Segundo. Eladio Clavijo murió en Tocaima el diez y nueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro, y dejó en su patrimonio el inmueble que acabo de especificar.

"Tercero. Yo, en representación de mi legítima mujer, y por cuanto ésta es hermana de Eladio, adelanté el juicio de sucesión hasta obtener para ella la adjudicación del inmueble referido, como lo prueba la escritura número 774, de diez y siete de mayo de mil novecientos veintiséis, que también presento adjunta.

"Cuarto. Hecha la adjudicación y registrada que fue, le pedí al Juez de la causa que me entregara el objeto de la hijuela de mi mujer, en cumplimiento de la sentencia aprobatoria de la adjudicación; y el Juez se trasladó al inmueble para entregarlo a su adjudicatario. Pero sucedió que el inmueble se encontró en poder de una mujer llamada Clara Medina, quien se opuso a la entrega que el Juez le iba a hacer a mi mujer, alegando que ella era cónyuge sobreviviente de Eladio, y madre legítima de unos menores, hijos del propio Eladio, llamados Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca María e Isabel.

"Quinto. El Juez admitió la oposición que Clara formuló en su nombre y en el de sus menores hijos, y esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior.

"Sexto. A todas estas, Clara Medina (que en un principio no se creyó con derecho a intervenir en el juicio que yo inicié ante el Juez 1º, a pesar de que tuvo conocimiento de tal juicio), resolvió hacer un juicio de sucesión aparte y a última hora, en el cual, renunciando términos y ejercitando otras habilidades, lograron sus apoderados hacer reconocer a Clara como cónyuge supérstite del causante Eladio, y a los menores antes denominados como hijos legítimos del mismo.

"Séptimo. Este nuevo juicio de sucesión de Eladio Clavijo se protocolizó en la Notaría 5ª de este Circuito. Y en él fue avaluado el inmueble ya alinderado en la suma de ocho mil pesos ($ 8,000), de los cuales cuatro mil pesos ($ 4,000) le fueron adjudicados a Clara por concepto de gananciales, y los otros cuatro mil fueron adjudicados a los cinco menores ya nombrados, por partes iguales, y en concepto de herencia, como hijos legítimos del causante Eladio.

"Octavo. Clara Medina y sus cinco hijos ya nombrados, ocupan y poseen el inmueble cuestionado con ánimo de dueños, así: Clara, una cuota igual a la mitad del inmueble, y los cinco hijos, la otra mitad, en partes iguales.

"Noveno. La partición hecha en este nuevo juicio ya está registrada, y lo mismo las hijuelas de cada adjudicatario."

Como fundamento de derecho, alega el demandante lo siguiente:

"La acción que ejercitó en esta demanda es la de petición de herencia, reglamentada en las disposiciones del capítulo 4º, Título 7º, del Libro 3º del Código Civil, en el cual se hace referencia a las que rigen la acción de dominio (Título 12 del Libro 2º del Código Civil).

"Se funda, además, esta demanda, en las disposiciones legales referentes a la sucesión intestada (Título 2º, Libro 3º, ibídem)."

Admitida como fue la anterior demanda, y corrido el traslado a los demandados, Clara Medina, en su propio nombre y como representante de sus menores hijos, Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca María e Isabel, la contestó en los siguientes términos:

"..... Me opongo a que se hagan las declaraciones de la demanda, todas y cada una de ellas, por entrañar dichas peticiones un ataque temerario a mis intereses y a los de mis hijos legítimos, como paso a demostrarlo con las siguientes razones:

"1ª Yo fui casada católicamente con el señor Eladio Clavijo, y la ceremonia de mi matrimonio tuvo lugar en la iglesia parroquial de Las Nieves, de esta ciudad, el día cinco de agosto de mil novecientos cinco, como lo pre-

senciaron los señores Leonidas Melo Sarmiento, Francisco León y Zoilo Córdoba.

"2ª De este matrimonio nacieron mis hijos Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca María e Isabel.

"3ª El lote de terreno a que se refiere la demanda fue adquirido por la sociedad conyugal formada con mi esposo, y yo contribuí notablemente a su adquisición con mi trabajo y mi esfuerzo combinado al de mi marido Eladio Clavijo.

"4ª Muerto mi esposo, se siguió su juicio de sucesión en el Juzgado 5º de este Circuito, y en él, como era de derecho, se me adjudicó a mí, por concepto de gananciales de la sociedad conyugal, la mitad del inmueble, y a mis hijos la otra mitad, por partes iguales.

"5ª Durante la tramitación del juicio de sucesión de mi marido Eladio Clavijo en el Juzgado 5º de este Circuito, la demandante Betsabé Clavijo de Valbuena se hizo parte en ese juicio, y, por consiguiente, la perjudicó la sentencia que aprobó la partición de los bienes, llevada a cabo allí.

"6ª Con el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, dictada por el señor Juez 5º de este Circuito, llevada a cabo el día diez y siete de junio de mil novecientos veintisiete, adquirimos, mis hijos y yo, la propiedad plena del mencionado lote de terreno.

"7ª La demandante Betsabé Clavijo de Valbuena no ha estado nunca en posesión del lote de terreno alinderado en la demanda, pues, por el contrario, desde antes de morir mi marido estaba yo en posesión de él, y ahí me quedé viviendo a su muerte.

"Es, pues, absolutamente insólito, el deseo de que yo le restituya una cosa que nunca ha estado en su poder, por la sencillísima razón de que no es suya."

En cuanto los hechos de la demanda, los contesto así:

"Al 1º Es cierto.

"Al 2º Es cierto.

"Al 3º No me consta. Debe probarse.

"Al 4º No me consta la adjudicación ni el registro. En cuanto a lo demás, es cierto

"Al 5º Es cierto.

"Al 6º Es cierto que yo inicié el juicio de sucesión de mi finado esposo ante el señor Juez 5º del Circuito, pero no son ciertas las demás circunstancias enumeradas.

"Al 7º Es cierto, menos en cuanto sea nuevo juicio, pues fue el juicio de sucesión de mi marido.

"Al 8º Es cierto, y desde la muerte de mi esposo.

"Al 9º Es cierto, menos en cuanto se refiere a nuevo juicio."

Propusieron los demandados la excepción perentoria de cosa juzgada, fundándola en el hecho de haber sido parte la demandante en el juicio de sucesión de Eladio Clavijo, seguido ante el Juez 5º del Circuito de Bogotá, y, además, las que resultaran comprobadas en autos.

Además, Clara Medina, en su propio nombre y como representante de sus hijos menores ya nombrados, propuso demanda de reconvención para que, con audiencia de los demandantes, se declare:

"1º Que el lote de terreno con las edificaciones que contiene y demás anexidades, situado en esta ciudad, en la calle veinticinco, y marcado en su puerta de entrada con el número diez y ocho, cuyos linderos son:

'Por el Norte, con tierras de María de J. Fernández y Genoveva Rosas G.; por el Sur, con la calle veinticinco; por el Oriente, con propiedad de la señora Clementina Rosas de Rodríguez, y por el Occidente, en parte, con propiedad de Alonso Martínez Madriñán, y en parte, con tierras de Josefina y Roberto Rosas,' lote que hube y hubieron mis hijos por adjudicación en la mortuoria de mi esposo Eladio Clavijo, nos pertenece en la proporción siguiente, relativa a un avalúo total de ocho mil pesos: a mí, Clara Medina de Clavijo, un derecho por valor de cuatro mil pesos, y a cada uno de mis hijos, Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca e Isabel Clavijo Medina, un derecho igual para cada uno de ellos de ochocientos pesos, en relación con el mismo avalúo.

"2º Que mis hijos menores Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca e Isabel Clavijo Medina, son los únicos herederos del señor Eladio Clavijo, y que, por consiguiente, es nulo y sin valor alguno el reconocimiento hecho a favor de Betsabé Clavijo de Valbuena como heredera de Eladio Clavijo, y nula y sin valor la adjudicación que del inmueble alinderado en el número anterior se le hizo en el juicio de sucesión de Eladio Clavijo, seguido ante el Juez 1º de este Circuito, y nulo y sin valor el registro que de esa sentencia se hizo el día diez y siete de mayo de mil novecientos veintisiete, en el Libro número 1º del Círculo de Bogotá, registro que consecuencialmente debe cancelarse."

"Apoyo esta demanda, dijo la demandante, en reconvención, en los siguientes hechos:

"1º El día cinco de agosto de mil novecientos cinco contraje matrimonio eclesiástico con Eladio Clavijo, en la iglesia parroquial de Las Nieves, de esta ciudad.

"2º Durante el matrimonio nacieron nuestros hijos Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca María e Isabel.

"3º Durante el matrimonio, el día diez y seis de junio de mil novecientos seis, mi esposo adquirió por compraventa el lote alinderado en esta demanda.

"4º Eladio Clavijo murió en Tocaima el día diez y nueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro.

"5º Según certificado 3260, de fecha cuatro de octubre de mil novecientos veintisiete, dado por el señor Registrador de instrumentos públicos del Círculo de Bogotá, aparece un registro en el que consta que el lote alinderado en esta demanda le fue adjudicado a Betsabé Clavijo.

"6º El verdadero juicio de mi esposo Eladio Clavijo se siguió ante el Juez 5º de este Circuito, y terminó por medio de sentencia, de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos veintisiete, la que ejecutoriada, fue registrada el veinte de junio de mil novecientos veintisiete.

"7º En esta sentencia se aprobó la partición de los bienes de la sucesión de Eladio Clavijo, y me correspondió a mí un derecho sobre el lote alinderado anteriormente, equivalente a $ 4,000, sobre un avalúo total de $ 8,000, es decir, la mitad del lote, y a cada uno de mis nombrados hijos, un derecho equivalente a $ 800 sobre el mismo avalúo.

"8º La señora Betsabé Clavijo de Valbuena y su esposo se hicieron parte en el juicio de sucesión seguido ante el Juzgado 5º de Bogotá, pidieron la nulidad de lo actuado por medio de una articulación, lo que les fue negado."

La demandante en reconvención citó como disposiciones de derecho los artículos 85 de la Ley 153 de 1887, 1781, 1823, 1832 y 1321 del Código Civil.

Los demandados en reconvención se opusieron a que se hicieran las reclamaciones pedidas en la demanda. De los hechos aceptaron unos y negaron otros.

El juicio fue fallado en primera instancia así:

En cuanto la demanda principal:

"Primero. Condenar a Clara Medina y a sus hijos Isabel, Ana Rita, Blanca María, Jorge Enrique y Eladio Clavijo, a restituir a Betsabé Clavijo de Valbuena, tres días después de notificada esta sentencia, el lote de terreno, junto con sus edificaciones y demás accesorios, ubicado en esta ciudad, en el barrio de San Diego, calle veinticinco, número diez y ocho, y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Norte, con tierras de María de J. Fernández y Genoveva Rosas G.; por el Sur, con la calle veinticinco; por el Oriente, con propiedad de la señora Clementina Rosas de Rodríguez, y por el Occidente, en parte, con propiedad de Alonso Martínez Madriñán, y en parte, con tierra de los señores Roberto y Josefina Rosas. Clara Medina debe restituír la mitad del precitado lote y la parte de edificaciones y demás accesorios del lote predicho, correspondiente a tal mitad; y los menores Isabel, Ana Rita, Blanca María, Jorge Enrique y Eladio Medina, deben restituír, por partes iguales, la otra mitad del lote y la parte correspondiente de sus habitaciones y demás accesorios.

"Segundo. Condenar a Clara Medina a restituír a Betsabé Clavijo de Valbuena, los frutos naturales y civiles que con mediana inteligencia y actividad hubiera podido percibir ésta de la mitad del lote y de su respectiva porción de edificaciones y accesorios, desde el día diez y nueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro hasta cuando la demandada Clara Medina haga la restitución a que se le condena en el punto primero de esta sentencia. El valor de estos frutos se fijará en juicio separado.

"Tercero. Condenar a Isabel, Ana Rita, Blanca María, Jorge Enrique y Eladio Clavijo, a restituír por partes iguales, a Betsabé Valbuena de Clavijo, los frutos naturales y civiles que con mediana inteligencia y actividad hubiera podido percibir ésta de la otra mitad del precitado lote y de su respectiva porción de edificaciones y demás accesorios, desde el día diez y nueve de noviembre de mil novecientos veinticuatro hasta cuando verifiquen la restitución a que se les condena en el punto primero de esta sentencia. El valor de estos frutos se fijará en juicio separado.

"Cuarto. Condenar a los predichos demandados a responder de los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido el lote, sus edificaciones o sus accesorios. Este perjuicio se fijará también en juicio separado.

"Quinto. Ordenar la cancelación del registro de la demanda.

"Sexto. Condenar a los mismos demandados en las costas de la demanda principal."

En cuanto a la contrademanda:

"Primero. Absolver a Betsabé Clavijo de Valbuena de los cargos de la contrademanda.

"Segundo. Condenar a los contrademandantes en las costas de la demanda de reconvención.

"Se ordena sacar copia de lo conducente, la que se enviará a la autoridad respectiva, a fin de que se investiguen los delitos de perjurio y de cualquier otra naturaleza en que hayan incurrido Aristides Camacho, Alberto Pacho, Eleuterio Rojas, Heliodoro Clavijo, Francisco León, Zoilo Córdoba y otros, ante este Juzgado, ante el Juzgado 2º de este Circuito y ante el Juzgado 5º Civil del mismo Circuito."

De esta sentencia apeló el apoderado de los demandados, y el Tribunal la confirmó en todas sus partes, con la sola adición de declarar, como en efecto declaró, no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada al dar contestación a la demanda principal. Sin costas.

Contra el fallo de segundo grado recurrió en casación el apoderado de los demandados; y como en la Corte se le ha dado al recurso la tramitación que le corresponde, y éste es admisible, se procede a decidirlo.

Hay dos demandas de casación: una presentada ante el Tribunal y otra ante la Corte. En aquélla sólo se invoca la causal primera. En ésta, las causales segunda, cuarta y primera. En atención a esto, se principia el estudio por la demanda presentada ante la Corte.

Causal cuarta.

Dos juicios de sucesión hubo por causa de muerte de Eladio Clavijo: uno ante el Juzgado 1º y otro ante el Juzgado 5º. El primero se protocolizó el diez y siete de mayo de mil novecientos veintiséis en la Notaría 4ª, y el segundo se protocolizó el veintiuno de junio de mil novecientos veintisiete, en la Notaría 5ª.

La demanda con que se inició este juicio fue presentada al reparto el veintiocho de octubre del mismo año de mil novecientos veintisiete.

Como se ve, no había, cuando se inició el presente pleito, ningún juicio de sucesión pendiente por muerte de Eladio Clavijo, dentro del cual pudiera cumplirse la condición del artículo 162 del Código de Organización Judicial, que dice:

"Mientras estuviere pendiente el juicio de sucesión, el mismo Juez que conoce de él es el único competente para conocer, en juicio separado, de las demandas siguientes: las de alimentos contra la mortuoria; las que versen sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, y las que se refieran a ocultación de bienes; las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab intestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios, reforma del testamento o nulidad del mismo o de disposiciones testamentarias."

Cualquier diligencia de entrega posterior a la sentencia aprobatoria de la partición y a la protocolización de los referidos juicios mortuorios, no implica que ellos no hubieran terminado o que estuvieran pendientes.

Ahora bien: no habiendo en curso ningún juicio de sucesión de Eladio Clavijo, dentro del cual pudiera presentarse la demanda con que se inició este juicio, necesariamente tenía que repartirse, y así se hizo.

No encuentra, pues, la Corte, la falta de jurisdicción de que habla el recurrente, por no haberse entablado esta controversia ante el Juez 1º del Circuito de Bogotá, y menos la falta de jurisdicción del Tribunal de Bogotá para pronunciar en este litigio la sentencia de segundo grado, falta de jurisdicción de que también se queja el

recurrente. El Tribunal es competente para revisar cualquier sentencia dictada en juicio ordinario de mayor cuantía por cualquiera de los Jueces del respectivo Distrito Judicial.

A este respecto es aplicable la siguiente doctrina de la Corte:

"No es casable por incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal sentenciador, la sentencia de segunda instancia en un juicio de deslinde, en razón de haber conocido en primera instancia un Juez que no es el del Circuito donde se halla ubicada la finca materia del juicio, sino otro del mismo Distrito Judicial; el Tribunal ejerce jurisdicción sobre todos los Circuitos de su territorio." (Casación, 13 julio de 1917, XXII, 112, 2ª).

No está probada, pues, la causal cuarta.

Causal segunda.

Los motivos alegados con ocasión de esta causal pertenecen, en sentir de la Corte, a la causal primera.

En efecto: se dice que hay exceso en la condenación, porque los demandados son poseedores de buena fe y fueron condenados como poseedores de mala fe. Es de advertir que la demanda se entabló para que tales demandados fueran condenados como poseedores de mala fe. Como se ve, por este aspecto la sentencia es congruente con la demanda; y si el Tribunal se equivocó al considedar a los demandados como poseedores de mala fe, no siéndolo, eso no pudo suceder sino porque el sentenciador interpretó mal la ley o interpretó mal determinadas probanzas; violaciones que, como es obvio, pertenecen a la causal primera.

Se dice también que hay exceso en la sentencia acusada, en cuanto condenó a los demandados a entregar a Betsabé Clavijo el lote cuya restitución pidió, sin haber precedido en el mismo fallo la adjudicación a la dicha Clavijo de los bienes que formaban el patrimonio del causante Eladio Clavijo, o sin haber precedido al menos la declaración de que la demandante era heredera de mejor derecho que los ocupantes del lote en cuestión.

Se observa:

Las declaraciones que echa menos el recurrente no fueron pedidas en la demanda. Por consiguiente, mal podían considerarse en la sentencia. Ahora bien: si las pretensiones que prosperaron no podían desatarse favorablemente al demandante, a menos que éste hubiera pedido las declaraciones de que habla el recurrente, ello implicaría que la sentencia es violatoria de ley sustantiva, pero no que sea incongruente con la demanda.

El tercer motivo de la causal que se examina está concebido así:

"En los términos en que el Tribunal decretó la restitución a Betsabé Clavijo, sin hacer declaración de la calidad que la habilite para recibir; hay, además, defecto en el fallo, desde luégo que faltó reconocerle el título de heredero de mejor derecho, único en virtud del cual quedaba legalmente capacitada para recibir los bienes que constituyen la herencia.

"Y por cuanto la sentencia omitió hacer la adjudicación de la herencia a Betsabé Clavijo, o siquiera la declaración de heredero de mejor derecho, es incongruente en las condenaciones que son o deben ser consecuencia de las que no decretó."

Respecto de este motivo cabe hacer igual observación a la que se hizo al tratar del motivo anterior: el sentenciador no podía fallar sobre puntos no pedidos en la demanda; y si sentenció, no pudiendo hacerlo en los términos en que lo hizo, a menos que en la demanda se hubieran pedido ciertas declaraciones, el fallo bien puede violar la ley sustantiva, pero no puede ser incongruente por no haber hecho declaraciones que no se han pedido.

Causal primera.

Entre los muchos motivos alegados con ocasión de esta causal, existe uno, el quinto, que la Corte encuentra perfectamente acreditado.

La acusación respectiva está formulada así: error de derecho en la apreciación y aplicación de las declaraciones de Alberto Pachón, Eleuterio Rojas, Leonidas Melo, Zoilo Córdoba, Andrés Ruiz y Enrique Desté.

La acusación consiste esencialmente en que los cuatro primeros testigos mencionados presenciaron el matrimonio de Eladio Clavijo y Clara Medina, en que así lo declararon, y en que, a pesar de esto, el Tribunal no dio por probado el referido matrimonio, violando los artículos 607 del Código Judicial y 395 del Código Civil, una vez que los reparos hechos por el sentenciador a tales declaraciones no son suficientes para desvirtuarlas.

El cargo en lo que se refiere a las declaraciones de Andrés Ruiz y Enrique Desté, consiste en que, según el recurrente, ellas prueban la posesión notoria del estado civil de casados de Eladio Clavijo y Clara Medina, posesión notoria que no dio por probada el sentenciador, violando así las disposiciones de los artículos 607 del Código Judicial y 395 del Código Civil.

El cargo en que va a ocuparse la Corte, y del cual dice que está perfectamente acreditado, es el relacionado con las declaraciones de los testigos que presenciaron el matrimonio de que se acaba de hablar.

El examen que de estas declaraciones hizo el Tribunal, es en lo conducente como sigue:

"Los testigos citados por la parte demandada en el término probatorio de la primera instancia, dicen así:

"**Alberto Pachón** declara:

. . . . . .

"El matrimonio de Clara Medina con Eladio Clavijo me consta porque yo lo presencié; se efectuó el día cinco de agosto de mil novecientos cinco, en la iglesia de Las Nieves, entre las cinco y seis de la mañana, y presenció el matrimonio el doctor Vargas, Cura entonces de Las Nieves. Como padrinos concurrieron Marcelina Díaz de García y Leonidas Melo; a Clara le tenían el sobrenombre de **La Yuca**. Efectuado el matrimonio, nos fuimos con los novios para la pieza de Clavijo, quien vivía en la carrera novena con la calle veinticuatro, y allí nos desayunámos. No recuerdo las demás personas que concurrieron al matrimonio..... (Folio 7 vuelto, cuaderno número 4º)."

"**Eleuterio Rojas** declaró:

. . . . . .

"Me consta que Eladio se casó con Clara Medina, porque yo presencié el acto del matrimonio, pues concurrí a él; recuerdo que se celebró el cinco de agosto de mil novecientos cinco, día en que se celebraba la fiesta de

la Santa Patrona, se celebró en la iglesia de Las Nieves, y los casó el Cura Vargas; hubo también otro matrimonio al tiempo; de suerte, pues, que el señor Cura casó a las dos parejas al tiempo, entre las cuales se encontraba la pareja de Eladio y de Clara; también hubo otros matrimonios, porque cuando nosotros salimos, iban a casar a otro. Concurrieron al matrimonio Zoilo Córdoba, Leonidas Melo; padrinos, Marcelina Díaz de García, Guillermo Nieto y Aristides Camacho; se casaron a las cinco y media de la mañana; recuerdo que fue el cinco de agosto, porque esta fecha la celebraban los esposos después, y a mí me convidaron a dos piquetes de estos, cuya fecha no recuerdo..... (Folio 9, cuaderno número 4º)."

"En esta segunda instancia fueron citados para ratificar las declaraciones que rindieron ante el Juez 2º de este Circuito, Leonidas Melo y Zoilo Córdoba, quienes, en lo pertinente, contestaron así:

"Leonidas Melo:

. . . . . .

"Me afirmo y ratifico en la declaración que rendí ante el Juzgado 2º Civil de este Circuito, el nueve de febrero de mil novecientos veintiséis, a la cual no tengo nada que agregar ni quitar, y que dice:

"En Bogotá, a nueve de febrero de mil novecientos, veintiséis, presente en el Despacho del Juzgado 2º Civil del Circuito, el señor Leonidas Melo Sarmiento, con el fin de rendir la declaración que de él se solicita, previo juramento que prestó en legal forma, expuso al punto primero:

'Soy mayor de edad, vecino de esta ciudad y sin generales de la ley.'

"Al segundo:

'Desde hace más de veinticinco años conozco de vista, trato y comunicación a la peticionaria Clara Medina de Clavijo. Igualmente conocí a su esposo Eladio Clavijo.'

"Al tercero:

'Por el conocimiento dicho y por haber sido testigo presencial, pues fui padrino de su matrimonio, sé y me consta que Clara Medina y Eladio Clavijo contrajeron matrimonio en la iglesia de Las Nieves de esta ciudad, el día cinco de agosto de mil novecientos cinco; matrimonio en el cual se llenaron todas las formalidades de la ley.'

"Al cuarto:

'Por todo lo que dejo expuesto, sé y me consta que desde el cinco de agosto de mil novecientos cinco en adelante, los nombrados Clara Medina y Eladio Clavijo fueron tratados por todos sus allegados, amigos y relacionados, como esposos legítimamente casados, y que tal trato duró hasta la muerte de Clavijo, que ocurrió en Tocaima, hace más o menos un año y tres meses.....' (Folio 5 vuelto, cuaderno número 7).

"Zoilo Córdoba:

"Me afirmo y ratifico en mi declaración rendida ante el Juez 2º Civil de este Circuito, con fecha once de febrero de mil novecientos veintiséis, a la cual no tengo nada que agregar ni quitar, y que dice:

'En Bogotá, a once de febrero de mil novecientos veintiséis, se presentó en el Despacho del Juzgado 2º Civil del Circuito el señor Zoilo Córdoba con el fin de rendir su declaración; el señor Juez le recibió juramento con las formalidades legales, y bajo esta gravedad dijo:

'Soy mayor de edad, vecino de esta ciudad y sin generales con la peticionaria.'

"A la segunda dijo:

'Hace más o menos veinticinco años que conozco de vista, trato y comunicación a la peticionaria y a su esposo Eladio Clavijo.'

"Al tercero:

'Por ser testigo presencial sé y me consta que el día cinco de agosto de mil novecientos cinco, en la iglesia de Las Nieves de esta ciudad, a las seis de la mañana, la peticionaria Clara Medina contrajo matrimonio católico, con las formalidades legales, con el finado Eladio Clavijo, siendo padrino del matrimonio el señor Leonidas Melo Sarmiento.'

"Al cuarto:

'Por lo que dejo expuesto, sé y me consta que desde el día que se verificó el matrimonio aludido, los nombrados Clara Medina y Eladio Clavijo fueron tratados por sus allegados, amigos, relacionados, y por la sociedad en general, como esposos legítimamente casados, y que tal trato duró hasta la muerte de Clavijo, la cual ocurrió en Tocaima, poco más o menos año y tres meses.....' (Folio 7, cuaderno número 7)."

En concepto de la Corte, si a falta de la respectiva partida o acta del estado civil, lo que está comprobado con la certificación del Párroco, se puede suplir esa falta con declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos de ese estado civil, conforme al artículo 395 del Código Civil, con las declaraciones de Alberto Pachón, Eleuterio Rojas, Leonidas Melo y Zoilo Córdoba se ha acreditado en este caso el matrimonio católico de Eladio Clavijo y Clara Medina, porque presenciaron este matrimonio, y concuerdan en las circunstancias de tiempo, lugar y modo. De esta suerte no hay duda de que el Tribunal Superior de Bogotá quebrantó los artículos 607 del Código Judicial, que dejó de regir, y el 395 del Código Civil, al no admitir como pruebas del referido matrimonio las declaraciones de que se acaba de hacer mérito.

Para rechazar estas declaraciones, el Tribunal tuvo en cuenta estos motivos: que algunos testigos se contradicen; que "todos los testigos afirman que el día cinco de agosto de mil novecientos cinco tuvo lugar no sólo el matrimonio de Eladio Clavijo con Clara Medina, sino que se celebraron otros; que de la inspección ocular que se practicó en los libros parroquiales de Las Nieves no consta que se haya sentado para aquel día ninguna partida de matrimonio, sin aparecer que el libro haya sido adulterado ni mutilado; y que sería imposible que solamente la partida del matrimonio que aquí se trata de establecer se haya dejado de anotar en el libro respectivo, sino también de los demás que tuvieron lugar en aquel día."

Se observa:

No indica el Tribunal las contradicciones de los testigos, ni todos los testigos afirman que el día cinco de agosto de mil novecientos cinco hubiera habido varios matrimonios en Las Nieves. Para convencerse de esto, pueden leerse en su totalidad las declaraciones de los testigos. En cuanto a lo demás, no ve la Corte porqué

sea imposible que se hayan dejado de sentar en los libros parroquiales la partida o las partidas del matrimonio o de los matrimonios que se celebraron el referido día. Si esto no fuera un hecho frecuente, podría tener alguna fuerza el argumento del Tribunal. De no haberse encontrado las partidas no se puede concluír con absoluta certeza que los testigos hayan faltado a la verdad, sino simplemente que no se sentaron. Además, como lo anota el apoderado del recurrente, lo que podría apoyar en algo la anterior consideración del Tribunal, sería la circunstancia de que aparecieran sentadas otras actas de matrimonios celebrados el cinco de agosto de mil novecientos cinco, y no lo estuviera el acta de matrimonio de que se trata, para que así hubiera lugar a pensar que era inadmisible que el olvido o descuido del párroco recayera exclusivamente sobre el acta que daba fe del matrimonio de Clavijo-Medina. El hecho de "no hallarse ningún asiento," como dice el autor del recurso, hace pensar cabalmente lo contrario de lo que conceptuó el Tribunal.

Arguye también el sentenciador que con posterioridad al matrimonio que se dice celebrado, fue bautizada Isabel como hija natural de Clara Medina, lo que es verdad, circunstancia que el Tribunal consideró muy grave, sobre todo—dice—"si se tiene en cuenta que según confesión de Clara Medina, ella intervenía directamente en el bautismo de sus hijos, dando los datos respectivos, y que el padrino fue precisamente Zoilo Córdoba, uno de los testigos que declaran haber presenciado el matrimonio dos años antes."

Con respecto a la confesión de Clara Medina, hay un error de hecho del Tribunal; pues ella, al contestar a la 4ª de las posiciones que se le pidieron (folio 3, cuaderno 6º), dijo no haber suministrado los datos para sentar las partidas, sino respecto de sus hijos Jorge Enrique y Eladio. Además: el Tribunal no pára mientes en que aparece que los otros hijos de Eladio Clavijo y Clara Medina fueron bautizados como hijos legítimos de los mismos mucho tiempo antes de que se trabara este pleito. De otro lado: si los padrinos debieran intervenir en el asiento de las actas de sus respectivos ahijados; tendría alguna fuerza la consideración que hace el Tribunal en relación con el acta de bautizo de Isabel Clavijo Medina.

Para rechazar las declaraciones de los testigos que presenciaron el matrimonio de Eladio Clavijo y Clara Medina, el Tribunal analiza otras declaraciones en el aparte siguiente:

"Por otra parte, en contra de estas declaraciones, la parte demandante adujo los testimonios de Luis María Castillo, Luis Carrillo y Antonio Pardo Morales, testigos éstos que sí declaran—dice el sentenciador—sobre hechos de los cuales se deduce con alguna certidumbre que Eladio Clavijo no fue casado. Así, por ejemplo, Antonio Pardo Morales dice: que Eladio era una persona incrédula, hecho este que está también constatado con la partida de defunción; que refiere conversaciones que tuvo en vida con Clavijo, de las cuales deduce el testigo que no pudo haber sido casado."

Dice Luis María Castillo:

"Jamás le oí decir ni a Clavijo ni a Clara Medina que éstos no fueran casados; esto, sin embargo, se lo oí decir a mi madre."

Como se ve, esta declaración no puede tener valor para desvirtuar los testimonios de los cuatro testigos que presenciaron el matrimonio. Además: Castillo dice que fue a Tocaima en los días en que Clavijo estaba en artículo de muerte, a ver si aseguraba a los hijos de éste la herencia; y la demandada Betsabé Clavijo de Valbuena confesó en posiciones que estando en Tocaima cuando murió Eladio Clavijo, no vio allá a Castillo en esos días.

No aparece en autos la declaración de Luis Carrillo, de que habla el Tribunal.

Luis Carrillo dice que Clara Medina le dijo que no era casada; y Antonio Pardo Morales declara que igual confesión le hizo Clavijo. Pero mal puede acreditarse una confesión con un solo testigo, ni prevalecer estas declaraciones sobre las de los testigos que presenciaron el matrimonio, y que están acordes en lo sustancial del hecho y en las circunstancias de tiempo y lugar.

A los juzgadores de instancia les llamó la atención que algunos testigos recordaran con precisión el día del matrimonio de Eladio Clavijo y Clara Medina, cuando no supieron a ciencia cierta en qué día llegó a Bogotá el aviador Lindbergh, y cuándo ocurrieron otros acontecimientos; pero los testigos contestaron satisfactoriamente que recordaban la fecha del matrimonio con toda precisión, porque los esposos acostumbraban celebrar esa fecha, y los convidaban a la fiesta respectiva.

Se acusa también la sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas que versan sobre la posesión notoria del estado de casados de Eladio Clavijo y Clara Medina. El error se hace consistir en que fuera de las declaraciones de Ruiz y Desté, hay otras que también versan directamente sobre la posesión notoria de dicho estado civil. Efectivamente, hay otras declaraciones que también versan directamente sobre esa posesión notoria; pero como la Corte ha encontrado suficiente para casar la sentencia, la prueba de los testigos presenciales del matrimonio de que se trata, prescinde de estudiar la acusación por el desconocimiento de la posesión notoria, ya que ésta es subsidiaria, es decir, admitida por la ley, para el caso de que no haya la prueba de hechos constitutivos del estado civil.

Para resolver en instancia, se considera:

Estando debidamente acreditado el matrimonio de Eladio Clavijo y Clara Medina, los hijos nacidos dentro del dicho matrimonio son hijos legítimos, aun cuando alguno de ellos haya sido bautizado como hijo natural de uno de dichos cónyuges, al tenor de la presunción establecida en el artículo 213 del Código Civil. Por consiguiente, estos hijos legítimos de Eladio Clavijo, y nó la demandante Betsabé Clavijo de Valbuena, llevarán la herencia de aquél, y su consorte Clara Medina tendrá los derechos de cónyuge sobreviviente. Lo cual quiere decir que no hay lugar a declarar que Clara Medina, en su propio nombre y como representante de sus hijos Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca María e Isabel, deban restituir el lote de terreno determinado en el hecho primero de la demanda principal, con sus edificaciones y frutos, como poseedores de mala fe, ni las costas del juicio. Es decir, que los demandados citados deben ser absueltos de la demanda principal, sin necesidad de considerar la excepción de cosa juzgada que alegaron los demandados.

En cuanto a la de reconvención se observa:

Como los hijos de Eladio Clavijo habidos en Clara Medina son herederos de mejor derecho, y su madre

tiene el carácter de cónyuge sobreviviente, conforme a los artículos 86 de la Ley 153 de 1887 y 1230 y siguientes del Código Civil, es indudable que de los dos juicios de sucesión de Eladio Clavijo, debe subsistir aquel en que se hicieron adjudicaciones a su esposa y a sus hijos, y reconocerse que el lote determinado en el punto primero de la parte petitoria del libelo de reconvención, pertenece a Clara Medina y a sus hijos Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca e Isabel Clavijo Medina, en la proporción y en relación al avalúo que allí se indican. Es, pues, procedente la petición contenida en el expresado punto primero de la demanda de reconvención.

Ahora: siendo procedente esa declaración, o sea que los hijos legítimos nombrados de Eladio Clavijo y su esposa Clara Medina, tienen mejor derecho que la demandante Betsabé Clavijo de Valbuena, y que les pertenece el lote de terreno con sus edificaciones antes citado, en la proporción allí indicada, no hay lugar a hacer la declaración consecuencial que se pide en el punto segundo de la demanda de reconvención, de que son nulos y sin valor alguno el reconocimento de heredera de Betsabé Clavijo de Valbuena y la adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Eladio Clavijo, lo mismo que el registro que se hizo de tal adjudicación, porque ese reconocimiento y adjudicación conforme a la ley se hacen y deben entenderse sin perjuicio de tercero de mejor derecho, que en este caso han comprobado los hijos de Eladio Clavijo y Clara Medina.

Por todo lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha trece de mayo de mil novecientos treinta, revoca la de primera instancia, y falla esta litis así:

1º Absuélvese a los demandados Clara Medina, Ana Rita, Eladio, Jorge Enrique, Blanca María e Isabel Clavijo, de todos los cargos formulados contra ellos en la demanda con que se inició este juicio. No hay lugar a resolver sobre la excepción de cosa juzgada, propuesta por los demandados.

2º El lote de terreno con las edificaciones que contiene y demás anexidades, situado en esta ciudad, en la calle veinticinco y marcado en su puerta de entrada con el número diez y ocho (18), cuyos linderos son:

"Por el Norte, con tierra de María de J. Fernández y Genoveva Rosas G.; por el Sur, con la calle veinticinco; por el Oriente, con propiedad de la señora Clementina Rosas de Rodríguez, y por el Occidente, en parte, con propiedad de Alonso Martínez Madriñán, y en parte, con tierras de Josefina y Roberto Rosas," lote que fue adjudicado en la sucesión de Eladio Clavijo a su esposa y a sus hijos, conforme a la escritura número 957, de fecha veintiuno de junio de mil novecientos veintisiete, de la Notaría 5ª de esta ciudad; pertenece a todos esos adjudicatarios en la proporción siguiente, con relación a un avalúo total de ocho mil pesos ($ 8,000): a Clara Medina de Clavijo, un derecho por valor de cuatro mil pesos ($ 4,000), y un derecho para cada uno de los hijos de Eladio Clavijo de ochocientos pesos ($ 800), en relación con el mismo avalúo, como cónyuge sobreviviente la primera, y herederos de mejor derecho, los segundos, de Eladio Clavijo.

3º No hay lugar a declarar la nulidad del reconocimiento, adjudicación y registro que se piden en el punto segundo de la demanda de reconvención.

4º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Ante el Juez del Circuito de Facatativá estableció Julio Acosta una demanda contra Nicanor Cifuentes, sobre la entrega y posesión efectivas de los inmuebles a que se refiere la escritura número 285, de fecha tres de octubre de mil novecientos veintiséis, otorgada por Evidalia Cifuentes a favor del demandante, los cuales se hallan en poder del demandado "en virtud de una posesión clandestina y fraudulenta."

Los bienes a que se refiere la demanda están situados en la fracción de **Maní**, del Municipio de Villeta, y se especifican de la siguiente manera:

"Primero. El derecho que a Evidalia Cifuentes le correspondió como heredera legítima de su padre Vidal Cifuentes, vinculado en los derechos y acciones que le pertenecieron a éste en un terreno denominado **Maní**, por compra hecha al señor Enrique Noguera, el cual se halla en común con otro derecho perteneciente a la copartícipe señora Oliveria Cifuentes Alvarez de Avila, deslindado generalmente así:

'Desde el punto denominado el **Saltogrande**, en la quebrada sin nombre que viene de **Altogrande**, a lindar a un cámbulo que se halla al pie de un platanal, plantaciones que tuvo Silveria Navarro en el mismo terreno; de este punto, o sea del cámbulo, siguiendo, línea recta, a dar a la laguna denominada **Clara**; de esta laguna, a dar a un árbol denominado **bayo**; de este árbol, tomando toda la hoya abajo, hasta el punto donde se encuentran tres cámbulos en la pura orilla de la quebrada; toda la quebrada abajo hasta llegar a la entrada de un peñoncito; siguiendo todo este arriba, hasta llegar al punto del **Salto**, designado como primer lindero.'

"Segundo. El derecho en una casa de habitación, de construcción de adobe, bahareque, palos y paja, situada dentro de uno de los terrenos de **Maní**, que hoy tiene por nombre **Campohermoso**, que le perteneció al causante señor Vidal Cifuentes, y que hoy me corresponde por compra hecha a la otorgante Evidalia Cifuentes.

"Tercero. El derecho en un lote de terreno en los de **Acatá** que hubo el mismo señor Vidal Cifuentes por compra hecha al señor Benito Velásquez, el cual le fue adjudicado a Evidalia Cifuentes como heredera de aquél, y que hoy me pertenece, demarcado por la siguiente alinderación:

'Desde el mojón de piedra colocado al pie del árbol llamado **bayo**, por toda la cuchilla arriba, hasta el que se encuentra al terminar dicha cuchilla en el camino de **Hiló**; de este punto, por todo el camino arriba, hasta encontrar el mojón que existe al pie de un árbol llamado **guarumo**, en el **Alto del Gallinazo**; de este alto, línea recta, a encontrar el nacimiento de la quebrada que se-

para este predio del de la mortuoria de Justo Lee; esta quebrada abajo, hasta el mojón colocado a orillas de la misma, frente a un árbol de higuerón, y de aquí, línea recta, al mojón que se encuentra al pie del **bayo**, designado como primer lindero.'

"Dicho lote de tierra, como queda demarcado, colinda por el Oriente y Norte, con terreno de la mortuoria de Justo Lee; por el Occidente, con terreno que fue de Juan Velásquez, y por el Sur, con lote de tierra de Guadalupe Velásquez.

"Cuarto. El derecho que perteneció a mi antecesora Evidalia Cifuentes en un terreno en los de la fracción de **Maní**, vinculado entre los que hubo el finado señor Vidal Cifuentes por compra hecha a Santos Flórez, y que hoy se encuentra entre los que me pertenecen y que reclamo su entrega, deslindado por los linderos generales siguientes:

'Desde el punto denominado el **Salto**, en la quebrada sin nombre, que viene del **Altogrande**, a dar a un cámbulo que se halla al pie del platanal de Silveria Navarro, en el mismo terreno; de este punto, o sea del cámbulo, siguiendo en línea recta, a dar a la laguna denominada **Clara**; de esta laguna, a dar a un árbol denominado **bayo**; de este árbol, tomando toda la hoya abajo hasta el punto donde se encuentran tres cámbulos en la pura orilla de la quebrada; toda la quebrada, abajo, hasta llegar a la entrada de un peñoncito; siguiendo todo éste, arriba, hasta llegar al punto del **Salto**, designado como primer lindero.'

"Quinto. El derecho de propiedad que mi antecesora poseía sobre un terreno en los de **Acatá**, el cual le fue adjudicado en la sucesión de su referido padre, Vidal Cifuentes, que hoy me pertenece y que hace parte de mi reclamo sobre petitoria de dominio, demarcado así:

'Desde un mojón de piedra colocado al pie de un árbol llamado **bayo**, línea recta, a otro que se encuentra en la cabecera de la laguna **Clara**, al pie de un árbol que se llama **nacedero**; de aquí, línea recta, a un guásimo, a cuyo pie está otro mojón de piedra que se encuentra en el borde de la laguna **Choloncho**; de aquí, línea recta, hacia el lado oriental, se sigue hasta llegar al mojón de piedra que se encuentra al pie de un árbol balso que está al borde de un barranco; todo este borde del camino en dirección a la cuchilla que colinda con terreno que también perteneció al finado Vidal Cifuentes, hasta salir a la cima de ella; por toda la dicha loma, abajo, hasta encontrar el mojón colocado al pie del **bayo**, designado como primer lindero.'

"Este derecho lo constituye la parte que en proporción le correspondió a mi antecesora tántas veces nombrada, en el juicio de sucesión de su padre, según su hijuela."

Los hechos del libelo son:

"1º Conforme a la escritura de que atrás hago mérito, yo le compré a Evidalia Cifuentes los derechos a que aquélla se refiere, vinculados en los inmuebles y sus anexidades, que encierran las demarcaciones antes expresadas, caso en el cual soy dueño y poseedor legítimo de ellos, con derecho al reclamo sobre entrega que propongo en mi demanda.

"2º El título a que me refiero al principio, por el cual compré los bienes cuyo dominio y posesión demando, se halla legalmente registrado conforme a las reglas de este requisito que deben observarse para la adquisición de los inmuebles, conforme a la tradición, de donde se desprende que las propiedades que reclamo me pertenecen, por haberlas comprado perfectamente.

"3º Según hijuela número 146, de once de marzo de mil novecientos diez y siete, declarada en el juicio de sucesión del señor Vidal Cifuentes, protocolizado en la Notaría de este Circuito, le fueron adjudicados a Evidalia Cifuentes, mi vendedora, como heredera del causante, los bienes raíces de que se trata, quien a su vez me traspasó el dominio y posesión de ellos; hecho que pone de manifiesto el derecho real con que promuevo la acción contra la tercera persona a que se refiere mi demanda.

"4º Evidalia Cifuentes no le ha vendido a ninguna otra persona con anterioridad a nuestro pacto los bienes raíces en cuestión, ni yo los he enajenado posteriormente a nadie, de donde se colige que me pertenecen, y que en tal caso mi derecho de posesión y dominio es correlativo y eficaz.

"5º Mi demandado, con su posesión espuria y su resistencia a entregarme los aludidos inmuebles, me está conculcando mis derechos legítimamente adquiridos y perjudicándome en mis intereses desde luégo que me tiene privado de la facultad de disponer de ellos y del usufructo, del cual se está aprovechando en beneficio propio, con lo que demuestra que tengo derecho a exigirle la indemnización correspondiente."

El demandado, por conducto de un mandatario, rechazó la acción y propuso las excepciones de inepta demanda, falta de acción y las demás que aparecieren comprobadas en el curso del juicio. Cuanto a los hechos, sostuvo que Evidalia Cifuentes vendió la totalidad de los bienes a que se refiere la demanda, a Nicanor Cifuentes, por escritura número 95, de diez de mayo de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría de Villeta, y le hizo tradición de lo vendido.

El diez y seis de febrero de mil novecientos veintiocho, el Juez pronunció la sentencia de su cargo, absolutoria del demandado.

Apelada por las partes, el Tribunal de Bogotá, en sentencia de seis de diciembre de mil novecientos veintinueve, la revocó, y en consecuencia, dispuso:

"Primero. Declárase que el demandado Nicanor Cifuentes debe restituir a Julio Acosta, tres días después de notificada esta sentencia, los bienes que en seguida se enumeran y de que éste es dueño por compra que le hizo a Evidalia Cifuentes Alvarez, en escritura número doscientos ochenta y cinco (285), de tres (3) de octubre de mil novecientos veintiséis (1926), otorgada en la Notaría de Nocaima; dichos bienes son los siguientes:

"a) Un derecho por la cantidad de cuatrocientos pesos oro, en los derechos y acciones en los terrenos de **Maní**, jurisdicción del Municipio de Villeta, adquiridos por el causante, de Enrique Noguera por escritura otorgada en la Notaría de Villeta el día diez de mayo de mil ochocientos noventa y ocho, marcada con el número 136. Los terrenos en donde se hallan vinculados dichos derechos y acciones, están deslindados así:

'Desde el punto denominado el **Saltogrande**, en la quebrada sin nombre, que viene del **Altogrande**, a dar a un cámbulo que se halla al pie de un platanal, plantación que tuvo Silveria Navarro en el mismo terreno; de este punto, o sea del cámbulo, siguiendo línea recta, a

dar a la laguna denominada **Clara**; de esta laguna, a dar a un árbol denominado **bayo**; de este árbol, tomando toda la hoya abajo, hasta el punto donde se encuentran tres cámbulos en la pura orilla de la quebrada; toda la quebrada, abajo, hasta llegar a la entrada de un peñoncito; siguiendo todo éste, arriba, hasta llegar al punto del **Salto**, designado como primer lindero.'

"Esta finca fue avaluada de común acuerdo por los peritos en la suma de ochocientos pesos oro, y se le adjudica al copartícipe la mitad común y proindiviso, Oliveria Cifuentes Alvarez.

"**b)** En la casa de habitación, una enramada de trapiche y dos trapiches de piedra, que se hallan dentro de tal casa y enramada, las que a su vez se hallan dentro de los terrenos de **Maní**, jurisdicción del Municipio de Villeta (en los inventarios aparecen los linderos de dicha casa y enramada); un derecho por la cantidad de treinta y cinco pesos oro. Estas fincas fueron avaluadas de común acuerdo por los peritos en la suma de cien pesos oro.

"**c)** En un lote de terreno en los de **Acatá**, jurisdicción del Municipio de Villeta, habido por el causante por compra a Benito Velásquez, por escritura otorgada en la Notaría de Villeta con fecha veinticinco de julio de mil ochocientos ochenta y cinco, marcada con el número 33. Dicho lote de terreno se halla demarcado por los siguientes linderos:

'Desde el mojón de piedra colocado al pie del árbol llamado **bayo**, por toda la cuchilla arriba, hasta el que se encuentra al terminar dicha cuchilla, en el camino de **Hiló**; de este punto, por todo el camino arriba, hasta encontrar el mojón que existe al pie de un árbol llamado **guarumo**, en el alto del **Gallinazo**; de este alto, línea recta, a encontrar el nacimiento de la quebrada que separa este predio de la mortuoria de Justo Lee; esta quebrada, abajo, hasta el mojón colocado a orillas de la misma, frente a un higuerón; de aquí, línea recta, al mojón que se encuentra al pie del **bayo**, designado como primer lindero. Dicho lote linda: por el Oriente y Norte, con terreno de la mortuoria de Justo Lee; por el Occidente, con terreno de Juan Velásquez, y por el Sur, con lote de tierra de Guadalupe Velásquez.'

"Este lote fue avaluado de común acuerdo por los peritos en la suma de ciento diez pesos oro.

"**d)** En los derechos y acciones en un terreno, en los de la fracción de **Maní**, de esta jurisdicción de Villeta, que hubo el causante por compra a Santos Flórez, por escritura otorgada en la Notaría de Villeta con fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos ocho, marcada con el número 183. El terreno en donde se hallan vinculados dichos derechos y acciones está deslindado así:

'Desde el punto denominado **El Salto**, en la quebrada sin nombre, que viene del **Altogrande** a dar a un cámbulo que se halla al pie del platanal de Silveria Navarro, en el mismo terreno; de este punto, o sea del cámbulo, siguiendo en línea recta, a dar a una laguna denominada **Clara**; de esta laguna a dar a un árbol denominado **bayo**; de este árbol, tomando toda la hoya abajo, hasta dar al punto donde se encuentran tres cámbulos, en la pura orilla de la quebrada; toda la quebrada, abajo, hasta llegar a la entrada de un peñoncito; siguiendo todo este, arriba, hasta llegar al punto de **El Salto**, designado como primer lindero.'

"Esta alinderación es general. Los derechos y acciones adjudicados fueron avaluados de común acuerdo por los peritos en la suma de setenta pesos oro."

"**e)** Un derecho por la cantidad de ciento cuarenta y cinco pesos, en relación con el avalúo de trescientos pesos dado por los peritos, en un terreno, en los de **Acatá**, jurisdicción del Municipio de Villeta que hubo el causante por compra a José María Toro, por escritura otorgada en la Notaría de Villeta, con fecha diez y nueve de abril de mil ochocientos noventa y seis, marcada con el número 111. Dicho terreno se halla alinderado así:

'Desde un mojón de piedra colocado al pie de un árbol llamado **bayo**, línea recta a otro que se encuentra en la cabecera de la laguna **Clara**, al pie de un árbol que se llama **nacedero**; de aquí, línea recta, a un guásimo, a cuyo pie está otro mojón de piedra, que se encuentra en el borde de la laguna **Cholonchola**; de aquí, línea recta, hacia el lado oriental, se sigue hasta hallar el mojón de piedra que se encuentra al pie de un balso, que está al borde de un barranco; todo este borde del camino, en dirección a la cuchilla que colinda con el terreno de Vidal Cifuentes, hasta salir a la cima de ella, por toda la dicha loma abajo, hasta encontrar el mojón colocado al pie del **bayo**, designado como primer lindero.'

"Este terreno fue avaluado por los peritos en la suma de treinta pesos oro.

"Segundo. Declárase que el mismo demandado está obligado a restituir a Julio Acosta los frutos naturales y civiles que las fincas enumeradas anteriormente hayan producido, y no solamente los que hubiere percibido, sino los que con mediana inteligencia y actividad hubiera obtenido Acosta, si hubiera tenido las cosas en su poder, o el valor de éstos; pues para tal efecto, y para el abono de las mejoras, se tiene al demandado como poseedor de mala fe. La restitución de los frutos que debe hacer el demandado, comprende desde el tres de octubre de mil novecientos veintiséis en adelante, o sea desde la fecha en que Julio Acosta adquirió las fincas enumeradas en el aparte primero de esta sentencia, y cuyo valor se fijará en juicio separado; y

"Tercero. No se hace condenación en costas, ni en la primera ni en la segunda instancia."

El apoderado de Cifuentes interpuso recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal y la Corte admite, por hallarlo dentro de las condiciones legales en orden a la naturaleza y cuantía del asunto.

Se invoca la primera causal y al respecto dice la demanda de casación:

"La sentencia recurrida ha violado directamente la ley sustantiva por interpretación errónea de la misma ley y por su indebida aplicación al caso que motiva este litigio. Hubo mala interpretación de las pruebas de una y otra parte, por error de derecho y de hecho, lo que fundamenta la primera causal alegada."

El recurrente entra en una disertación acerca de la venta que hizo la señora Trinidad Alvarez de Cifuentes a Evidalia Cifuentes y la que ésta hizo a Nicanor Cifuentes; luégo estudia las pruebas, y, por último, la venta de Evidalia Cifuentes a Julio Acosta.

No se advierte en esta disertación toda la claridad deseable para los efectos del recurso que se está decidiendo; pero la Corte procurará poner orden en su estudio.

Respecto de la venta hecha por Trinidad Alvarez de Cifuentes a Evidalia Cifuentes, expone el recurrente que, muerto Vidal Cifuentes, su sucesión se liquidó así: sus hijos fueron adjudicatarios de sus legítimas y a la Alvarez de Cifuentes, cónyuge sobreviviente, se le hizo también su correspondiente adjudicación. Por estas adjudicaciones hubo una comunidad entre esa cónyuge y los herederos del causante. La Alvarez resolvió repartir en vida sus bienes entre los hijos y, de acuerdo con éstos, resolvió darle a la partición la forma de una venta, a fin de que cada hijo quedara dueño de un lote de tierra, que comprendiera lo adjudicado en la sucesión paterna y lo que le daba su madre. Esta es la historia de la venta hecha por Trinidad Alvarez a su hija Evidalia, por escritura número 309, del lote ubicado en la vereda de **Maní**, denominado **Campohermoso**, por linderos determinados; y en la cláusula 8ª se expresó lo siguiente:

"Que en este mismo terreno, materia de la venta, quedan incluídos los derechos y acciones que a la compradora (Evidalia) correspondieron en la sucesión de su legítimo padre, señor Vidal Cifuentes Moreno."

Sin embargo—agrega el recurrente—la sentencia sostiene que en este lote permaneció subsistente una comunidad. Evidalia Cifuentes, al aceptar la escritura en referencia, quedó advertida por la cláusula 8ª de que el lote en cuestión encerraba también sus derechos por parte de padre. Si después pretendió no aceptar esa escritura, porque la madre le transmitió en venta sus propios derechos paternos, ha debido enderezar su acción contra esa venta y contra Trinidad Alvarez, pero en ningún caso contra el tercer adquirente de la primera compradora (la misma Evidalia).

El contrato que se lee en la escritura número 309, reúne todas las condiciones de validez: con su registro se hizo la tradición del dominio y con la entrega del lote la tradición de la cosa. Por semejante aspecto, la sentencia del Tribunal violó los artículos 740, 745, 746, 747, 756, 759, 785 del Código Civil, "por interpretación errónea al dejarlos de aplicar al contrato que contiene la escritura número 309 en referencia, y por indebida aplicación de otras disposiciones sobre aquéllos. Violó también por interpretación errónea los artículos 669 y 673." La venta fue lisa y llana de un lote, expresando que en él quedaban incluídos los derechos que a Evidalia Cifuentes le pertenecían por su padre, y así lo aceptó ésta. La violación de la ley sustantiva quedó más evidenciada, cuando la sentencia recurrida dice:

"Con esta adquisición hecha por Evidalia Cifuentes, reunió en sí la cuota parte que Trinidad Alvarez de Cifuentes tenía en la finca con la que a ella le había correspondido en la sucesión de su padre, es decir, así habría desaparecido la comunidad que entre las dos existía, si Trinidad Alvarez no se hubiera reservado el usufructo por los días de su vida; pero como ésta hizo aquella reserva, la comunidad no se extinguió."

Esta insólita apreciación, de que una comunidad en un predio no se puede extinguir mientras esté gravado con un derecho de usufructo, indujo al Tribunal a las conclusiones de la sentencia recurrida.

Se considera:

La infracción de los textos legales precitados no puede ser directa, porque el sentenciador no los ha desconocido en su letra ni en su espíritu, ni tampoco los ha interpretado. Sería indirecta si, como consecuencia de una apreciación evidentemente errónea del contrato consignado en la escritura número 309, dejó de tenerlos en cuenta, siendo el caso de aplicarlos.

Auque el recurrente no es suficientemente explícito en la acusación de los errores de interpretación del contrato, la Sala examina el punto.

El Tribunal sostiene que quedó constituída una comunidad en el inmueble de **Maní**, merced a las adjudicaciones hechas en el juicio de sucesión de Vidal Cifuentes a Trinidad Alvarez y Evidalia Cifuentes, y advierte que el inmueble había venido a formar una sola finca, en virtud de las diversas adquisiciones hechas por el causante Cifuentes. Luégo la señora Alvarez le vendió a Evidalia la finca, mediante la escritura número 309, otorgada en la Notaría de Villeta el dos de noviembre de mil noveicentos diez y nueve, y en el instrumento se advirtió que en el terreno materia de la venta se hallaban incluídos los derechos que a la compradora le tocaron en la sucesión de su padre Vidal Cifuentes. Con esta adquisición lograda por Evidalia—concluye el Tribunal—reunió en sí la cuota parte que la Alvarez de Cifuentes tenía en la finca con la que a ella le había correspondido en la sucesión de su padre, con lo cual habría desaparecido la comunidad, a no haberse reservado la señora Trinidad el usufructo de lo que vendía.

El Tribunal entendió que lo que la Alvarez vendió a Evidalia fue el derecho de dominio que ella tenía en el lote y que en la venta no se comprendió el derecho que en el mismo lote poseía la compradora por herencia paterna; y esta interpretación, en sentir de la Sala, no es evidentemente errónea, sino que, por el contrario, procura ceñirse a las pruebas que aparecen en el proceso y a los dictados de la ley.

Efectivamente: se trajo al juicio la hijuela asignada a Evidalia Cifuentes en la sucesión de Vidal del propio apellido y en ella se ven varias adjudicaciones de derechos en unos lotes situados en los parajes de **Maní** y **Acatá**, del Municipio de Villeta. Adújose también la hijuela que por gananciales se le formó a Trinidad Alvarez de Cifuentes en la misma sucesión, y allí constan adjudicaciones en los terrenos de **Maní**. En la inspección ocular con peritos, practicada en la primera instancia el nueve de septiembre de mil novecientos veintisiete y que el recurrente no impugna, se comprobó que constituyen un solo inmueble las adjudicaciones de Trinidad Alvarez y las de Evidalia Cifuentes y en la escritura de venta, otorgada por la primera a la segunda, se dijo (cláusula 8ª):

"Que en este mismo terreno materia de la venta, quedan incluídos los derechos y acciones que a la compradora correspondieron en la sucesión de su legítimo padre, señor Vidal Cifuentes."

Si pues en el propio terreno que la Alvarez de Cifuentes le vendió a Evidalia Cifuentes tenía ésta unos derechos, y si la compra de cosa propia no vale (artículo 1872 del Código Civil), no adolece de evidente error de hecho la interpretación del sentenciador, acerca de que la venta versó sobre lo que Trinidad Alvarez tenía en el inmueble y no abarcó los derechos de Evidalia en el mismo.

No hay prueba de que la venta de la Alvarez a su hija no fuera otra cosa, como lo asevera el recurrente, que una partición que aquélla quisiera hacer por vía de anticipación de legítima a sus descendientes.

Critica el recurrente lo dicho por el Tribunal respecto de que la comunidad no desapareció por haberse reservado la señora Alvarez el usufructo de lo que vendía; mas a nada conduce el reparo, aun concediendo que sea procedente, porque lo que el Tribunal quería era fijar la inteligencia del contrato acerca de si lo vendido por la Alvarez fue el dominio de todo el inmueble, o apenas el de sus derechos en él.

Por tanto, como no se ha demostrado un evidente error de hecho en la interpretación del contrato contenido en la susodicha escritura número 309, no aparecen probadas las violaciones que se alegan de los textos legales antes aducidos.

Manifiesta el autor del recurso que por escritura número 95, de diez y ocho de mayo de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría de Villeta, Evidalia Cifuentes vendió a Nicanor Cifuentes un globo de tierra en la vereda de Maní, con todas sus anexidades, el cual es el mismo que Evidalia había adquirido de su madre Trinidad Alvarez por la ya mencionada escritura número 309, con idénticos linderos y todas sus anexidades. Esta venta fue hecha por la vendedora sin hacer reserva alguna.

Evidalia Cifuentes, por una u otra causa, quedó dueña del lote por linderos determinados y con toda clase de anexidades. Lo adquirió de buena fe, por un título traslaticio de dominio, y lo vendió después a Nicanor Cifuentes, en su totalidad.

Por la inscripción de la escritura 95, se hizo la tradición del derecho de dominio y por la entrega real del lote la tradición de la cosa. La tradición fue válida, porque la vendedora la verificó voluntariamente y en virtud de un título traslaticio. Evidalia tenía sobre el lote vendido el pleno derecho de dominio y éste fue el que transfirió a Nicanor Cifuentes. Evidalia era poseedora regular, con justo título, del terreno que vendió a Nicanor, y era poseedora de buena fe, por haberlo adquirido por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Con estas mismas circunstancias fue transmitido el lote a Nicanor Cifuentes, quien es poseedor regular.

Continúa diciendo el recurrente que la sentencia de primera instancia interpretó con acierto la posición jurídica de Nicanor Cifuentes; pero que el Tribunal, contra la evidencia de los hechos y el tenor claro de los contratos, se pronunció en sentido inverso, al decir:

"Para la Sala es indudable que Evidalia Cifuentes tan sólo enajenó la cuota parte de la finca, o sea la nuda propiedad que había adquirido de Trinidad Alvarez de Cifuentes, porque así lo declaró de manera expresa, cuando dijo que lo vendido lo había adquirido por compra hecha a Trinidad Alvarez de Cifuentes. Si se diera una interpretación enteramente distinta al contenido de la escritura de que se viene hablando, se rompería el querer de la vendedora, manifestado de manera expresa en tal escritura."

Esta parte fundamental de la sentencia contradice completamente el tenor claro y explícito de los contratos que contienen las escrituras números 309, cláusula 8ª, y 95. En la primera expuso Trinidad que en el lote vendido estaban comprendidos los derechos paternos de Evidalia, y en la segunda, Evidalia vendió la totalidad del lote a Nicanor Cifuentes, sin reservas. Que hubiera dicho cualquier cosa sobre el origen de la adquisición, no por esto quedaba viciada la venta de la totalidad del lote a Nicanor. El argumento del Tribunal es muy forzado y no se compadece con los fundamentos legales que rigen el contrato de compraventa, ni con las reglas de interpretación. Deducir que el lote vendido quedó en comunidad, es algo insólito, que no puede sostenerse a la luz de la jurisprudencia y que va contra las prescripciones legales que rigen el nombrado contrato, según los artículos 1849, 1857, 1836 y 1886 del Código Civil.

"La sentencia recurrida ha interpretado los contratos que contienen las escrituras 309 y 95 de una manera muy divorciada de las reglas legales. Pues conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Y las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (artículos 1618, 1619, 1622 ibídem)."

Ha habido, pues, violación de los artículos 756, 759, 740 a 745, 752, 762, 764 a 769 del Código Civil, dejando de aplicar al caso demandado los artículos 1618, 1619, 1622, 1849, 1857, 1863 y 1886, en relación con aquellas disposiciones.

Se considera:

En el presente capítulo de acusación, como en el anterior, las transgresiones de los artículos del Código Civil citados, sólo se producirían como consecuencia de errores sufridos por el sentenciador al interpretar los contratos.

Cuanto al de la escritura número 309, ya se dijo lo suficiente en el motivo que precede.

En relación con el contrato de la escritura número 95, el Tribunal expuso su concepto acerca de que lo vendido por Evidalia Cifuentes a Nicanor fue lo que aquélla había adquirido de Trinidad Alvarez, o sea la nuda propiedad del lote adjudicado a ésta al liquidarse la sociedad conyugal con Vidal Cifuentes. Para adoptar tal conclusión, se fundó:

1º En que en la escritura dice Evidalia que lo que vende es lo que había adquirido por compra a Trinidad Alvarez, por donde se rompería el querer expreso de la vendedora si se diera una interpretación enteramente distinta al contenido de la escritura; y

2º En que Evidalia le transmitió a Nicanor por el mismo precio por que ella compró, siendo así que lo traspasado a este señor, si se acepta la tesis del demandado, sería una finca mucho mayor que la comprada por ella.

No hay otra base—añade el sentenciador—para sostener que Nicanor Cifuentes adquirió la totalidad de la finca que el alindamiento que a ella se le señaló en la escritura otorgada por Evidalia; mas ha de tenerse en cuenta que ese mismo alindamiento se le había puesto a lo vendido por Trinidad Alvarez a Evidalia, y, por consiguiente, esa sola circunstancia no es motivo poderoso para hacer decir a la otorgante una cosa completamente distinta de lo manifestado por ella.

"Dadas las circunstancias que existían sobre la adquisición de la finca, era preciso que aquélla hubiera manifestado de manera clara que lo vendido era no solamente lo que ella había adquirido por compra a Trinidad Alvarez, sino también lo que correspondió por herencia de su padre y su silencio a este respecto sería bastante para interpretar la escritura en el sentido que le da la Sala."

Para el sentenciador, es indudable que en la finca llamada **Campohermoso** existe una comunidad entre el actual demandante, el demandado, como dueño de la nuda propiedad de la cuota que le compró a Evidalia Cifuentes, y Trinidad Alvarez de Cifuentes, como usufructuaria de esta última cuota.

Como se ve, el Tribunal se apoyó en dos indicios para sustentar su concepto y refutó un contraindicio. Comprobados como se hallan los hechos constitutivos de tales indicios, en la estimación de éstos era soberano el Tribunal y no es dable, por lo mismo, imputarle un error palpable de hecho en lo tocante a la interpretación del contrato consignado en la escritura número 95. Mientras subsistan los indicios, es jurídicamente imposible la evidencia en contrario. Por lo demás, con arreglo a una sostenida jurisprudencia de la Corte, escapa a la casación la apreciación que de los indicios hace el juzgador de instancia.

Para corroborar la interpretación del Tribunal, nótese que en la cláusula 8ª de la escritura número 309 se dice que en el terreno vendido por Trinidad Alvarez quedan incluídos los derechos y acciones que hubo Evidalia por herencia de su padre; lo que no equivale a decir que en la venta quedaban incluídos esos bienes.

No acreditado el error evidente de hecho que se atribuye al sentenciador en la interpretación del contrato de la escritura 95 (error que, en puridad, se hace consistir en haber desarcertado al investigar la intención de las partes), no prospera la acusación referente a la violación de los textos legales antes indicados.

Examina, por último, el recurrente la venta de Evidalia Cifuentes a Julio Acosta.

Advierte que por la escritura número 285, de tres de octubre de mil novecientos veintiséis, pasada en la Notaría de Nocaima, Evidalia Cifuentes vendió a Julio Acosta los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de Vidal Cifuentes, los cuales se enumeran en la demanda. Esta va dirigida contra Nicanor Cifuentes, para sustraer del lote que le vendió Evidalia la mitad de él, equivalente a los derechos paternos de la vendedora. En la inspección ocular quedó establecido y aceptado por ambas partes que en el relacionado lote se hallan vinculados los bienes que son materia de la reivindicación.

"Sentadas estas bases—arguye el impugnador—es necesario recordar que la compra hecha por Nicanor Cifuentes, al tenor de la citada escritura 95, reúne todos los requisitos legales y está amparada por las disposiciones que gobiernan la compraventa. El lote fue vendido por Evidalia a Nicanor por linderos determinados y por los mismos fue entregado y poseído. Que Evidalia lo hubiera adquirido de una u otra manera, es cuestión que no afecta la transmisión a Nicanor.

"La inspección ocular, que dejó perfectamente aclarada la cuestión de identificación y vinculación de lo reivindicado en el lote de Cifuentes, lleva a la serena conclusión de que al vender Evidalia a Acosta sus derechos paternos conforme a la hijuela, procedió contra la compra y partición celebradas con su madre Trinidad Alvarez de Cifuentes por la escritura número 309, y más que todo, que procedió a vender a Julio Acosta, por segunda vez, parte del lote que con anterioridad había vendido a Nicanor Cifuentes por la escritura número 95. Esto es lo que resulta de todas las pruebas del proceso y de la escritura de Nicanor y de Acosta.

"Se trata, por tanto, de dos ventas y ha de preferir la hecha a Nicanor Cifuentes, de conformidad con el artículo 1873 del Código Civil. En mil novecientos veinticuatro, dicho Nicanor obtuvo la tradición de la cosa y la del derecho de dominio por la entrega real y por la inscripción del título, al paso que Acosta obtuvo un título parcial en mil novecientos veintiséis, que no le dio la posesión regular, y por eso es por lo que pretende reivindicar.

"Sobre este particular, la sentencia recurrida violó directamente, por interpretación errónea y por indebida aplicación, los artículos 1510 a 1512, 756, 785, 789, 952, 954 a 960 del Código Civil, dejando de aplicar al caso demandado los artículos 669, 673, 1849 y siguientes del Código Civil, en relación con el 1873 ibídem. Y cometió error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas del demandante."

Se considera:

También aquí la cuestión de hecho antecede a la de derecho.

En vista de la interpretación dada por el sentenciador a los contratos de las escrituras números 309 y 95, respecto de la cual, como se dejó explicado en los capítulos anteriores, no se ha acreditado un error evidente de hecho, no puede declararse probado el cargo actual.

Si lo que Evidalia Cifuentes vendió a Nicanor Cifuentes fue lo que ella había adquirido de Trinidad Alvarez, lo que la misma vendió a Acosta fue lo conseguido por herencia paterna, al tenor de la respectiva hijuela; y así, no ha habido dos ventas de una misma cosa y ha podido Acosta reivindicar los derechos por él comprados, encaminando su acción contra Nicanor Cifuentes, poseedor de todo el inmueble en que aquéllos están radicados.

Consecuencia de esto es que no procede la acusación por quebrantamiento de los artículos citados del Código Civil, unos por indebida aplicación y otros por no haberse aplicado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Son de cargo del recurrente las costas causadas.

Notifíquese, cópiese y publíquese en audiencia y en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Cáqueza, Antonio Echeverría instauró juicio ordinario contra Aristides F. Flórez, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que el actor es dueño exclusivo de un terreno llamado **El Jaulo**, situado en la sección de Puebloviejo, jurisdicción del Municipio de Ubaque, y alinderado así:

"Por el pie, con el camino que de Ubaque conduce a Bogotá, separado por cerca de piedra; por el costado

derecho, con el camino que conduce a los parajes de **El Cerrado** y **Verjón**, al frente, terrenos de herederos de Segundo Ardila, separado por cerca de piedra; por cabecera, con terrenos del señor Clodoveo Flórez y Manuel Alcántara Ardila, separado por cerca de piedra; y por el último costado, con terreno de Antonio Ardila, separado por cerca de piedra."

2ª Que el demandado Aristides F. Flórez, actual poseedor de dicho terreno por efecto de un interdicto posesorio en que no se tuvo en cuenta el dominio de la finca indicada, está en la obligación de restituír ese terreno al demandante en el término de la ley o en el que el Juez fije, o entregarlo por el Juzgado haciendo uso de la fuerza si fuere necesario.

3ª Que el mismo Flórez está en la obligación de restituír al demandante los frutos naturales y civiles que haya producido el terreno mencionado desde que lo tiene indebidamente en su poder, o el valor que se fije en juicio a esos frutos.

4ª Costas.

Como hechos fundamentales de la demanda, el actor enuncia los siguientes:

"1º Soy dueño del terreno mencionado por haberlo comprado al señor Alfredo Navarro, por escritura número 1130, otorgada ante el Notario 5º de Bogotá, el treinta y uno de agosto de mil novecientos veintiséis, y registrada en Fómeque, en la Oficina de Registro, el nueve de septiembre del mismo año.

"2º Mi vendedor Alfredo Navarro adquirió ese terreno por compra que hizo a Sacramento Ardila, según escritura número 68, de diez y nueve de febrero de mil novecientos nueve, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá.

"3º Sacramento Ardila adquirió dicho terreno por compra que hizo a José de la Cruz Flórez, según escritura número 538, otorgada en la Notaría de Fómeque el dos de diciembre de mil novecientos siete.

"4º El registro de la tradición a favor de mi causahabiente Alfredo Navarro no ha sido cancelado sino por el registro de la tradición que éste me hizo del dominio de la finca referida, el cual registro tiene fecha nueve de septiembre de mil novecientos veintiséis.

"5º El terreno dicho estuvo embargado en ejecución que siguió Jorge Camacho Carrizosa a Alfredo Navarro en el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, desde mil novecientos diez hasta mil novecientos veintiséis, y durante el embargo se pretendieron algunas tradiciones del terreno indicado, que no pudieron hacerse efectivas porque no se pudieron registrar debido al embargo.

"6º El señor Miguel Díaz hizo venta de dicho terreno al demandado Aristides F. Flórez el veintidós de enero de mil novecientos veintisiete, según escritura otorgada en la Notaría de Fómeque, pero ese registro de tal escritura se hizo después del registro de mi título indicado en el hecho 1º, por el cual me vendió Alfredo Navarro el terreno en referencia.

"7º Miguel Díaz, el tradente del demandado Flórez, confesó en posiciones que rindió ante el Juez competente el veintiuno de abril de mil novecientos veintisiete, que nunca tuvo el dominio ni la posesión del terreno tántas veces mencionado, de manera que nada transmitió al demandado Aristides F. Flórez.

"8º El demandado Aristides F. Flórez ha poseído indebidamente el terreno relacionado, sin ser dueño de tal terreno, desde el diez y ocho de abril del presente año (1928), por consecuencia de un interdicto posesorio en que no se estudió ni resolvió nada sobre el dominio de dicho terreno.

"9º La entrega que se hizo al demandado Aristides F. Flórez, respecto de dicho terreno, el diez y ocho de abril del corriente año, se hizo contra un depósito judicial pendiente de tal terreno, por cuenta de la ejecución de Jorge Camacho Carrizosa contra Alfredo Navarro, seguida en el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá.

"10. El demandado Flórez se ha aprovechado de los frutos de dicho terreno, con lo cual me ha perjudicado notablemente."

Como fundamentos de derecho se citan los artículos 946 a 957, 961 a 971, 740 a 742, 756 y 759 del Código Civil.

El demandado, aceptando algunos de estos hechos y negando otros, se opuso a la acción y propuso, además, las excepciones de prescripción ordinaria adquisitiva, carencia de personería sustantiva en el demandante y de petición antes de tiempo y de modo indebido.

El Juez de la causa pronunció sentencia absolutoria del demandado. Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de trece de noviembre de mil novecientos treinta, desató la litis así:

1º "Declárase no probadas las excepciones de falta de personería sustantiva y petición antes de tiempo o de un modo indebido alegadas por el demandado.

2º "Declárase probada la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del inmueble denominado **El Jaulo**, alinderado así: por el pie, con el camino que de Ubaque conduce a Bogotá, separado por cerca de piedra; por el costado derecho, con el camino que conduce a los parajes de **El Cerrado** y **Verjón**, al frente, terrenos de los herederos de Segundo Ardila, separado por cerca de piedra; por cabecera, con terrenos del señor Clodoveo Flórez y Manuel Alcántara Ardila, separado por cerca de piedra, y por el último costado, con terreno de Antonio Ardila, separado por cerca de piedra; excepción ésta alegada por el demandado, y en consecuencia se le absuelve de todos los cargos contenidos en la demanda; y

3º "No se hace condenación en costas ni en primera ni en segunda instancia."

El actor interpuso casación. El recurso es admisible y se basa en la primera causal de casación.

Primer cargo. Violación de los artículos 1521, 2528, 2529, 764, 766 y 768 del Código Civil.

El recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho y en error de derecho al aceptar como justo título para la prescripción por parte del demandado la escritura número 75, de veintidós de febrero de mil novecientos quince, Notaría de Cáqueza, por la cual Miguel Díaz compró a Flavio Novoa la finca **El Jaulo.**

El error de hecho se hace consistir en que el Tribunal olvidó o no quiso tener en cuenta que cuando se celebró el contrato, la finca **El Jaulo** estaba embargada en el juicio ejecutivo que en el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá seguía Jorge Camacho Carrizosa contra Alfredo Navarro.

El error de derecho consiste—dice el recurrente—en que "hay causa ilícita en la enajenación de las cosas que están embargadas, que por lo mismo no están en el comercio, de acuerdo con el artículo 1521 del Código Civil;

la causa ilícita es causal de nulidad, y conforme al artículo 766 ibídem, no es justo título el que adolece de un vicio de nulidad."

Tampoco puede presumirse en este caso la buena fe de los contratantes Novoa-Díaz, porque ellos mismos confesaron en posiciones presentadas como prueba que cuando hicieron tal contrato sabían que la finca **El Jaulo** estaba embargada, que Novoa consiguió la tenencia del depositario a nombre de éste y en la misma forma la pasó a Díaz, quien quedó como tenedor a nombre del depositario Angel María Herrera. Además, si los citados Novoa y Díaz no pudieron registrar la diligencia de remate, por la cual Novoa adquirió la finca, sino después de desembargada ésta, era porque estaban enterados del embargo que pesaba sobre ella.

Se refiere el cargo al siguiente pasaje de la sentencia:

"Conforme a lo dispuesto en el artículo 2528 del Código Civil, para ganar por prescripción ordinaria una cosa se necesita haber tenido posesión regular no interrumpida sobre la cosa durante el tiempo que las leyes requieren. En el caso de autos y al tenor del artículo 2529 del mismo Código, ese tiempo requerido para la prescripción es el de diez años. Por posesión regular se entiende (artículo 764 ibídem), la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, y es justo título el constitutivo o traslaticio de dominio.

"Ya se ha dicho que Flavio Novoa, por escritura pública número 75, de fecha veintidós de febrero de mil novecientos quince, vendió a Miguel Díaz la finca de **El Jaulo,** la cual fue registrada el tres de marzo del mismo año; en esa escritura el comprador (sic) expresa que obtuvo la finca por virtud de un remate verificado en el Juzgado 1º Municipal de esta ciudad, y de que el comprador tenía conocimiento según lo manifestó ante el Notario. Esta escritura constituye a favor de Miguel Díaz un justo título, porque se trata de un contrato de compraventa en virtud del cual se transfiere el dominio del inmueble; y como de aquí mismo deriva la escritura invocada como título por Aristides F. Flórez, es indudable que tanto su antecesor como él tienen un justo título para justificar la posesión regular."

Se considera:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1521 del Código Civil, hay objeto ilícito—no causa ilícita como dice el recurrente—en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, y en tal caso al Registrador de instrumentos públicos le está prohibido por el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, registrar escritura alguna de enajenación de los bienes embargados, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Pero estos preceptos legales se refieren al caso de enajenación por los litigantes y no a aquellos en que la venta es hecha por terceros, pues entonces no se puede considerar embargada la finca respecto de dichos terceros ni de los que contraten con ellos, en armonía con lo preceptuado por el artículo 42 de la Ley 95 de 1890 que dice:

"La prohibición contenida en el artículo 43 de la Ley 57 de 1887 no se extiende al caso de que la enajenación o hipotecación de la finca sea hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada; y, en consecuencia, no se considerará en litigio la cosa respecto de dicha persona distinta ni de las que contraten con ella."

En el caso de autos, la finca a que la reivindicación se refiere, había sido embargada en el ejecutivo seguido por Jorge Camacho Carrizosa contra Alfredo Navarro, y el título que invoca el demandado deriva de la enajenación hecha por Flavio Novoa a Miguel Díaz. No es, por tanto, jurídica la argumentación que a este respecto hace el recurrente.

Por lo que hace a la buena fe del adquirente Miguel Díaz, no es tampoco aceptable el razonamiento del recurrente, porque el hecho de saber que la finca estaba embargada en juicio seguido entre personas distintas de los contratantes, no indica mala fe en el adquirente. La buena fe, o sea, la persuación de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla (artículo 768 del Código Civil), es un elemento moral que pertenece al fuero interno, que se presume en los contratantes y en cuya apreciación los Tribunales son soberanos.

"La apreciación del sentenciador sobre hechos morales no puede ser desatendida por la Corte en casación sino por prueba evidente en contrario, desatendida por el Tribunal." (**Jurisprudencia de la Corte,** tomo 3º, número 467).

"Es principio de derecho que cuando la ley deja al buen juicio del juzgador un radio de acción para obrar en él, según sus conocimientos jurídicos, su conciencia y lo que resulte de autos, a nadie le es dado penetrar en el arbitrio de ese juzgador ni mucho menos infirmar el juicio que él ha formado en virtud de los datos y de la ciencia que posee; y por consiguiente, en cuestiones de hecho, debe respetarse el juicio del Tribunal, porque la ley sobre casación no le da a la Corte autoridad para inmiscuirse en la parte discrecional del Tribunal." (**Jurisprudencia de la Corte,** tomo 1º, número 509).

El cargo es infundado.

Segundo cargo. "Nueva violación de los artículos 2528 y 2529 y violación de los artículos 2521 a 2523 y 762, todos del Código Civil."

Se refiere el cargo al fundamento de la sentencia en que el Tribunal dice:

"En cuanto al tiempo que Miguel Díaz y Aristides F. Flórez hayan poseído la finca, aun cuando los testigos que dan fe sobre la posesión material no expresan la fecha precisa en que hubiera empezado a poseer Miguel Díaz dicha finca, sin embargo esa falta de precisión en los testigos en este punto desaparece si se tiene en cuenta que antes del año de mil novecientos diez y seis o durante este año, se demandó a Miguel Díaz considerándosele como posedor material de la cosa para que la restituyera a José de la Cruz Flórez; esta circunstancia demuestra clarísimamente que desde el año de mil novecientos diez y seis y aun desde la fecha en que se otorgó la escritura en virtud de la cual Miguel Díaz le compró la finca a Flavio Novoa, aquél entró en posesión material de ella y desde ese tiempo hasta el veintinueve de septiembre de mil novecientos veintiocho, fecha ésta en que se le notificó la presente demanda a Aristides F. Flórez, han transcurrido más de diez años, tiempo durante el cual el antecesor de Flórez y éste poseyeron la finca de **El Jaulo.**"

En cuatro conceptos funda el recurrente esta acusación, a saber:

1º "El Tribunal incurre en un error evidente de hecho en asignar a las declaraciones sobre posesión material de la finca un valor de posesión que no tienen, por haber

olvidado o no haber tenido en cuenta documentos auténticos que figuran en los autos y que se oponen a las declaraciones aludidas. En efecto, el propio sujeto de la posesión, Miguel Díaz, a quien se refieren los declarantes, dice en posiciones que nunca fue poseedor de la finca relacionada, porque la usufructuó a nombre del depositario Angel María Herrera. Nadie puede saber mejor que el propio tenedor de una finca del **ánimo** con que la tenga, si como dueño o a nombre de otro, porque el ánimo es cuestión de orden psicológico.

2º "Erró también el Tribunal al considerar como complemento de la posesión de Miguel Díaz el que éste hubiera sido demandado como poseedor de la finca por José de la Cruz Flórez, porque Díaz en la contestación que dio a esa demanda no aceptó, más bien negó, la calidad de poseedor con que se le demandó y fue absuelto en las sentencias de primera y segunda instancia de octubre de mil novecientos diez y seis y agosto de mil novecientos diez y siete; y como la litis-contestatio no terminó sino hasta mediados de septiembre de mil novecientos diez y siete, la negativa de Díaz de ser poseedor subsistió por todo el tiempo indicado hasta septiembre de mil novecientos diez y siete. Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta el verdadero valor de esa documentación, no la hubiera acogido como prueba de posesión de Díaz.

3º "Erró el Tribunal en tener como prueba de posesión material de Díaz la escritura de venta que hizo a éste Flavio Novoa, porque tal escritura y su registro se hicieron estando embargada la finca, embargo cuya prueba ha pasado por alto el Tribunal. Además de esto, la escritura de Novoa a Díaz es de mil novecientos quince y ya se vio en el párrafo precedente que por los años de mil novecientos diez y seis a septiembre de mil novecientos diez y siete, en la litis de José de la Cruz Flórez contra Miguel Díaz, éste no aceptó la calidad de poseedor con que se le demandó.

4º "Incurrió el Tribunal en error evidente de hecho al considerar las declaraciones presentadas por el demandado como prueba de posesión no interrumpida entre el tradente Miguel Díaz y el demandado Flórez, por haber olvidado la documentación auténtica que figura en los autos, según la cual mi mandante Echeverría entró en posesión de la finca referida el cuatro de julio de mil novecientos veintisiete, sin que dicha finca estuviera en poder del prenombrado Miguel Díaz, ni menos en poder del demandado Flórez. Además, las declaraciones no determinan el tiempo de la supuesta posesión de Díaz, unas son de referencia y otras no saben con qué carácter tenía la finca el citado Díaz."

Se considera:

En cuanto al primer concepto, observa la Corte que el Tribunal no olvidó ni dejó de tener en cuenta la prueba a que se refiere el recurrente, como se ve en el siguiente aparte de la sentencia:

"El demandante Echeverría previendo que se alegara en contra de sus pretensiones la excepción de prescripción ordinaria, trajo a los autos copia de unas posiciones absueltas por Miguel Díaz a petición de Flavio Novoa para establecer que Miguel Díaz durante el tiempo que estuvo en posesión de la finca de **El Jaulo**, no pudo poseerla con ánimo de señor y dueño, por cuanto el tradente de Miguel Díaz le entregó únicamente la tenencia de ella de común acuerdo con el depositario Angel María Herrera. Pero este medio probatorio no puede tenerse en cuenta porque la confesión judicial hace fe única y exclusivamente contra la persona que la hace y no contra otra. Aparte de esto es muy notoria la manifestación expresa que hace Flavio Novoa en la escritura número 171, en la cual consta el contrato celebrado con Miguel Díaz, en donde se lee lo siguiente:

"Que está libre (la finca) de gravamen y embargo judicial," y sin embargo en las preguntas de las posiciones que le hizo absolver Miguel Díaz, confiesa que tanto él como el absolvente tenían pleno conocimiento de que la finca estaba depositada en poder de Angel María Herrera. Y lo mismo afirma Miguel Díaz en la escritura número 82, en la cual vende a Aristides F. Flórez el terreno objeto de este litigio, y a pesar de esto afirma en las posiciones después de haber declarado lo anterior, en la escritura, que tenía conocimiento del embargo y depósito de la finca."

Miguel Díaz no es parte en este juicio, a él no se le ha denunciado el pleito, de manera que su declaración no constituye una confesión judicial.

El segundo concepto de este cargo es igualmente infundado porque—como dice el Tribunal—Miguel Díaz fue absuelto en el juicio que contra él seguía José de la Cruz Flórez, no porque aquél hubiera negado ser poseedor, sino por estimar el Juez que el demandante carecía de la acción intentada porque ya antes en una ejecución había optado por el cobro del precio.

Dice así la parte pertinente de la sentencia recurrida:

"Conviene anotar que José de la Cruz Flórez al dirigir su acción contra Miguel Díaz, afirmó que éste era el verdadero poseedor material de la cosa y que la acción no prosperó porque el Juez estimó que el demandante carecía de la acción intentada porque ya antes en una ejecución había optado por el cobro del precio."

El tercer concepto de este cargo queda implícitamente refutado con lo que se ha dicho ya al estudiar el cargo primero. El embargo de una finca en juicio seguido entre personas distintas de los contratantes, no es obstáculo para la tradición; aparte de que en la sentencia no sostiene el Tribunal el concepto que le atribuye el recurrente de que la escritura Novoa-Díaz sea prueba de la posesión material del último.

"El embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consume la prescripción adquisitiva de ella. Por el embargo no se traslada ni se modifica el dominio ni la posesión de la cosa depositada; y si bien es cierto que la enajenación de los bienes embargados está prohibida por la ley, bajo pena de nulidad, el fenómeno de la prescripción es cosa muy distinta de la enajenación. Si la posesión no se pierde por el hecho del embargo, no hay disposición alguna del Código Civil que se oponga a la **usucapión** o prescripción adquisitiva, la cual, por ser título originario de dominio, difiere esencialmente de la enajenación." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo 2º, número 1934).

El cuarto concepto es asimismo baldío. El Tribunal cuenta el término de la posesión desde el año de mil novecientos diez y seis, punto de partida que no ha sido eficazmente atacado por el recurrente. Si el actor en el juicio entró en posesión de la finca el cuatro de julio de mil novecientos veintisiete, estaban para esta fecha vencidos los diez años que exige el artículo 2529 del Código Civil para ganar por prescripción ordinaria un inmueble. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 2523 del

Código Civil—citado por el recurrente como violado por la sentencia del Tribunal—cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona y se ha recobrado legalmente, no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

La última parte del cargo, en cuanto el recurrente afirma que "las declaraciones no determinan el tiempo de la supuesta posesión de Díaz, unas son de referencia y otras no saben con qué carácter tenía la finca el citado Díaz," puesto que el recurrente no indica las disposiciones que regulan la prueba testimonial, sus requisitos y valor probatorio, para que la Corte decidiera si habían sido o nó violadas por la apreciación que de las pruebas hizo el sentenciador, no puede la Corte estudiar el cargo a este propósito si por ese aspecto no hay acusación.

Los diversos conceptos del cargo son, pues, infundados.

Tercer cargo. "Violación de los artículos 778, 2521, 1769 del Código Civil y 34 de la Ley 169 de 1896. Errónea estimación de la prueba de confesión."

Se refiere este cargo al siguiente pasaje de la sentencia recurrida:

"El demandante Echeverría previendo que se alegara en contra de sus pretensiones la excepción de prescripción ordinaria, trajo a los autos copia de unas posiciones absueltas por Miguel Díaz a petición de Flavio Novoa, para establecer que Miguel Díaz durante el tiempo que estuvo en posesión de la finca de **El Jaulo**, no pudo poseerla con ánimo de señor y dueño por cuanto el tradente de Miguel Díaz le entregó únicamente la tenencia de ella de común acuerdo con el depositario Angel María Herrera. Pero este medio probatorio no puede tenerse en cuenta, porque la confesión judicial hace fe única y exclusivamente contra la persona que la hace y no contra otra."

"El Tribunal erró evidentemente—dice el recurrente—al desechar la prueba de confesión de Miguel Díaz, porque en la contestación de la demanda y en alegatos, el demandado Flórez agregó a su posesión la tenencia o la supuesta posesión del citado Díaz en la finca relacionada; hizo Flórez que las actividades de Díaz, su tradente, y el ánimo que éste tuvo en la tenencia de la finca, entraran a formar parte de su defensa en el juicio; y esto tenía que ser de absoluta necesidad para el demandado Flórez, porque éste cuando fue notificado de la demanda apenas si tenía unos cuatro meses de posesión.

"De consiguiente, la confesión que hizo Miguel Díaz de no haber tenido la finca como dueño, sino como simple tenedor, no es una declaración de extraño o de tercero, sino de quien forma parte integrante, necesaria, de la defensa del demandado, mayormente si la venta que Díaz hizo al demandado fue para que éste corriera las eventualidades, bajo precio pequeño y condicional, y sin que el vendedor Díaz tuviera obligación de salir al saneamiento por evicción."

Se considera:

Sobre lo principal de este motivo se ha dicho lo bastante al estudiar los anteriores cargos, pero la Corte procede a estudiarlo para demostrar más palmariamente la ineficacia del razonamiento del recurrente.

Las posiciones a que el recurrente se refiere fueron pedidas por Flavio Novoa a Miguel Díaz ante el Juez 1º del Circuito de Cáqueza. En el caso presente, la litis está trabada entre Antonio Echeverría, demandante, y Aristides F. Flórez, demandado. Miguel Díaz no es parte en este juicio, ni a él se le ha denunciado el pleito.

"La confesión—según el artículo 555 del Código Judicial—es la manifestación que una de las partes hace de ser cierto lo que la otra asegura con relación a su acción o excepción, deducidas en juicio."

La confesión no perjudica sino a quien la hace, y para que exista, es preciso que el hecho confesado le cause perjuicio. Según propia declaración del recurrente, "la venta que hizo Díaz al demandado fue para que éste corriera las eventualidades, sin que el vendedor Díaz tuviera obligación de salir al saneamiento por evicción."

"Para que haya confesión, es condición esencial que el hecho (positivo o negativo) sobre que ella versa sea perjudicial al confesante." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo 3º, número 799).

No es conforme con las normas legales que regulan esta clase de prueba ni con los principios de derecho, sostener que lo confesado por una persona en juicio distinto pueda oponerse a otra para que perjudique a esta última. "Siendo, como es la confesión, productora de una relación jurídica entre el confesante y aquel en cuyo favor se rinde, relación que constituye el derecho que uno adquiere contra el otro, no puede dirigirse contra un tercero, por cuanto la obligación correlativa a ese derecho no le alcanza a obligar," ha dicho la Corte interpretando el artículo 1769 del Código Civil. (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo 2º, número 462).

Si es cierto que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 34 de la Ley 169 de 1896, "la confesión que se haga al absolver posiciones fuera de juicio, ante Juez competente, tiene la fuerza de confesión judicial," este principio no puede entenderse en forma diferente de la establecida por la Corte en la doctrina que se acaba de copiar, o sea, que constituye plena prueba contra el que la ha rendido y no contra persona distinta del confesante.

Este cargo resulta igualmente infundado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha trece de noviembre de mil novecientos treinta.

2º Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

En escrito dirigido al Juez 1º del Circuito de La Mesa el siete de julio de mil novecientos veinticinco, Julio H. Lara, en representación de sus poderdantes Enrique García F. e Italo Faccini, dijo:

"Demando ante usted a Pantaleón Escobar, varón, mayor de edad, vecino de Bogotá, y cuya naturaleza ignoro, a fin de que, previa la sustanciación del juicio ordinario y con la audiencia de dicho demandado, se

declare por sentencia definitiva, que los predios denominados hoy **El Crucero** y **San Miguel**, situados en jurisdicción del Municipio de Tena, predios de propiedad de mis poderdantes, y cuyos linderos se expresarán más adelante, no deben servidumbre alguna de tránsito al predio adyacente al primero de éstos, denominado **Catalamonte**, en jurisdicción del citado Municipio de Tena, predio éste que hoy es de propiedad de mi demandado; y subsidiariamente se declare que, en el supuesto de que antes hubiera existido una servidumbre de tránsito sufrida por el predio denominado **El Crucero**, y en utilidad del predio denominado **San Miguel**, dicha servidumbre se extinguió desde que ambos predios vinieron a ser de propiedad de mis mandantes, o sea desde el catorce de junio de mil novecientos diez y siete."

Son hechos fundamentales de esta demanda:

"1º Por instrumento público número 422, otorgado el tres de mayo de mil novecientos diez y seis ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá, y debidamente registrado el treinta de junio del mismo año, la señora Emilia Gaitán de Gil, mujer viuda, mayor de edad y vecina de Bogotá, vendió a mis mandantes, entre otras fincas, un lote de quince fanegadas, denominado **El Crucero**, situado en jurisdicción del Municipio de Tena, y alinderado así:

'Desde una piedra marcada con una cruz, en la quebrada **Coyancha**, lindero con Antonino Vargas, línea recta, a la puerta conocida con el nombre de **Casamocha**, en la cerca de piedra; de esta puerta, línea recta, por toda la cerca de piedra, a dar con tierras que fueron de Carlos Gil, hoy de la vendedora; de aquí, volviendo hacia arriba, por toda la cerca de piedra, hasta encontrar la puerta llamada **Negra**, lindando en este trayecto con terrenos de Carlos Gil, hoy de la vendedora; de este punto, por cerca de alambre y piedra, hasta encontrar una puerta situada en el camino que de Tena conduce a Bojacá, cerca que divide **El Crucero** de **El Morro**, lindando en este trayecto hasta el camino, con tierras de Enrique Santos; siguiendo del otro lado del camino, por una cerca de piedra que lleva la misma dirección, hasta encontrar un zanjón; éste, abajo, hasta la quebrada **Coyancha**; ésta, aguas abajo, hasta encontrar la piedra marcada con una cruz, primer lindero.'

"Este lote lo había adquirido la vendedora como heredera de su hijo Carlos E. Gil, según partición protocolizada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, bajo el número 291, el veintitrés de marzo de mil novecientos diez y seis, y Gil lo había adquirido, a su turno, por compra hecha a Fidel Jiménez y a Obdulio Rocha, según escritura número 899, de veintiocho de octubre de mil novecientos cuatro, pasada también ante el Notario 5º del Circuito de Bogotá.

"2º Por escritura número 383, otorgada ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá, el veinticuatro de abril de mil novecientos diez y siete, y registrada el catorce de junio del mismo año, la prenombrada señora Emilia Gaitán de Gil vendió también a mis poderdantes otro lote de terreno ubicado en el sitio denominado **El Tambo**, y conocido anteriormente con el nombre del **Suspiro**—el mismo que hoy se denomina **San Miguel**—en jurisdicción del expresado Municipio de Tena; lote que limita con el anterior, y cuyos linderos son:

'Desde la quebrada **Honda**, atravesando el camino real que viene del Municipio de Madrid para La Mesa, donde hay un mojón marcado con el número tercero, en una línea recta de para arriba, por donde se encuentran varias piedras que están marcadas con el mismo número tres (3), hasta encontrar la última; de aquí, siguiendo de para abajo hasta encontrar el mojón número dos (2), deslindando en esta parte con tierras de la hacienda de **Turín**, y de aquí, volviendo sobre la izquierda, de para abajo, por varios mojones, también marcados con el número dos (2), hasta la quebrada **Honda**, deslindando en esta parte con terrenos de Fidel Jiménez, hoy de Carlos Gil; de aquí, siguiendo aguas arriba, a encontrar el primer lindero.'

"Este segundo lote lo adquirió la vendedora consolidando la propiedad por escritura pública número 126, de ocho de febrero de mil novecientos diez y siete, pasada ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá.

"3º Los dos lotes que se acaban de demarcar, antes de ser propiedad de la vendedora de mis poderdantes, señora Gaitán de Gil, pertenecían a dueños distintos, y el señor Miguel Alvarez, que poseía el lote denominado antiguamente **El Suspiro**, hoy **San Miguel**, era también dueño de otro lote denominado **Catalamonte**, en forma tal, que entre éste y el lote denominado hoy **San Miguel**, se interponía el lote denominado hoy **El Crucero**, lo que motivaba que el señor Miguel Alvarez, para transitar del lote de su propiedad al lote de **Catalamonte**, también de su propiedad, tuviera que recorrer una línea curva en vez de la recta que le permitía pasar directamente de uno a otro lote de su propiedad, atravesando en línea recta el lote denominado hoy **El Crucero**, y acortando así la distancia; pero el anterior dueño del lote denominado hoy **El Crucero**, nunca permitió que se estableciera legalmente la servidumbre de tránsito a favor de los otros dos lotes prenombrados y del dueño de ellos.

"4º El demandado señor Pantaleón Escobar ha pretendido y pretende que se halla legalmente establecida una servidumbre de tránsito en favor de su lote denominado **Catalamonte**, siendo dominantes los predios denominados hoy **El Crucero** y **San Miguel**; servidumbre que no se constituyó como antes dije, ni por los dueños de tales lotes—con anterioridad a mis poderdantes—ni se ha constituído tampoco por éstos."

Expresa en seguida el actor las disposiciones legales en que funda la demanda.

El demandado contestó la demanda, negando los hechos fundamentales en que se apoya, y desconociendo el derecho invocado por el actor.

El Juzgado decidió la controversia por sentencia de primero de junio de mil novecientos veintiséis, que, previas las consideraciones de rigor, termina así:

"Con la simple lectura de la demanda es suficiente para anotar la improcedencia de la acción deducida, puesto que no se determina en manera alguna el predio que se dice dominante; el demandante manifestó tan sólo que los predios denominados hoy **El Crucero** y **San Miguel** no deben servidumbre de tránsito al predio adyacente, al primero de éstos, denominado **Catalamonte**, señalando los linderos de los dos primeros y haciendo caso omiso de los del último.

"Es por esto que, a mérito de las consideraciones anteriores, el Juzgado, administrando justicia a nombre de la República y por autoridad de la ley, niega las declaraciones pedidas en la demanda, y en consecuencia, ab-

suelve al demandado de los cargos que le hizo el demandante.

"No se hace condenación en costas."

La parte demandante apeló de esa sentencia, y concedido el recurso para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste, con fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos veintisiete, lo falló así:

"Declárase probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido, por cuanto no se determina con precisión en la demanda el predio que se dice es de propiedad del demandado.

"Declárase improcedente la acción de extinción de una servidumbre de tránsito, que se ejercita como subsidiaria.

"En consecuencia, absuélvese al demandado de los cargos contra él deducidos en la demanda.

"Queda en estos términos reformada la sentencia en revisión.

"Sin costas".

El apoderado de los demandantes interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido; pero ante la Corte sólo se hizo representar el demandante Faccini, quien, en memorial de treinta de septiembre de mil novecientos veintisiete, dijo a esta Superioridad:

"En el juicio ordinario que, sobre servidumbre negatoria, he instaurado en asocio de otro contra Pantaleón Escobar ante el Juzgado del Circuito de La Mesa, y que ahora está a vuestra consideración en virtud del recurso de casación interpuesto contra la sentencia definitiva proferida en él por el Tribunal Superior, digo yo, Ítalo Faccini, varón mayor y vecino de Bogotá, que por medio del presente confiero poder especial, amplio y suficiente en derecho, a los doctores José Antonio Archila y Guillermo Mesa Prieto, varones, mayores y vecinos también de Bogotá, al primero como principal y al segundo como sustituto, para que me representen en el recurso de casación a que me he referido."

La Corte, por sentencia de diez de abril de mil novecientos treinta, anuló el fallo recurrido, y dispuso devolver el expediente al Tribunal de su origen para que dictara un fallo no deficiente, por cuanto "lo que ha echado de menos el Tribunal en la demanda con que se inició este juicio—dijo entonces la Corte—es la determinación de la cosa o hecho que se demanda, por no haberse determinado por sus linderos el lote que puede ser dominante en la servidumbre a que se refiere la litis, determinación exigida por los artículos 265 y 289 del Código Judicial.

Estos defectos de la demanda dan lugar a que el Juez la devuelva de oficio para que se subsanen, o a que el demandado proponga la excepción dilatoria de inepta demanda. Si no se hacen estas cosas a su debido tiempo, el juzgador, en la sentencia definitiva no puede, de oficio, declarar probada la excepción dilatoria de inepta demanda, aun cuando la califique de perentoria, ni fundar en ella la absolución del demandado, porque esto equivale a decir que se inicie un nuevo juicio sobre la misma cosa y entre las mismas partes, con una demanda mejorada, y esto, como se ve, no es decidir si el demandante tiene o no tiene la acción propuesta.

Con ese motivo, el mismo Tribunal Superior de Bogotá profirió la sentencia de diez de diciembre de mil novecientos treinta, que confirmó la sentencia recurrida, y contra la cual el doctor José Antonio Archila, hablando en nombre de la parte demandante, en calidad de apoderado, interpuso el recurso de casación. El Tribunal concedió el recurso, y llegado el momento de decidir su inadmisibilidad, de acuerdo con las disposiciones bajo cuyo imperio se interpuso el recurso, procede a examinar la siguiente objeción que, como cuestión previa, presenta el apoderado de la parte demandada en su alegato de oposición al recurso propuesto y fundado por el doctor Archila:

"Cuando se tramitaba el primer recurso—dice el opositor—el señor Italo Faccini, uno de los demandantes, confirió poder a los doctores Archila y Mesa Prieto para representarlo **en ese recurso.** Tal poder forma el folio 4 del primer cuaderno de la Corte. Ejecutoriada la sentencia de la Corte que puso fin a aquel primer recurso, expiró el mandato de los doctores Archila y Mesa.

"No aparece en el proceso documento alguno que habilite al doctor Archila para intervenir en el asunto con posterioridad a la expiración de su mandato. Es, pues, indudable que el recurso actual no fue interpuesto por 'persona hábil,' ni fundado oportunamente ante el Tribunal ni ante la Corte. Y es, por consiguiente, el caso de declararlo inadmisible o desierto, en conformidad con lo que establece el artículo 10 de la Ley 90 de 1920. Así lo pido con todo respeto."

Observa la Corte que el doctor Archila propuso y fundó el recurso en nombre de la parte demandante, como apoderado de ella, y que si la parte contraria estima que el poder que obra en autos no acredita tal representación, bien pudo haberlo alegado para reclamar del auto que concedió el recurso; pero una vez ejecutoriado ese auto y llegado el negocio a la Corte, sólo la parte interesada podría alegar que el recurso fue propuesto por persona que para ello no tenía su representación; pero en este recurso extraordinario, que no constituye una instancia del juicio, no tiene cabida el incidente sobre nulidad por ilegitimidad de personería, que sería a lo que podría dar lugar la observación del opositor.

Habidas estas consideraciones, la Corte admite el recurso y procede a decidirlo.

Invoca el recurrente la primera causal del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y en apoyo de esta causal aduce los siguientes motivos:

"I. Error de hecho, por cuanto en sentir del recurrente, 'cree el Tribunal erróneamente que el cuasicontrato de **litis contestatio** queda consumado con el solo hecho de la presentación de la demanda, siendo así que lo que constituye dicho fenómeno jurídico es la contestación que el demandado da a las aseveraciones consignadas en la demanda, a los hechos que la sustentan y a las pretensiones allí consignadas, porque entonces es cuando queda establecido aquello sobre que debe versar el juicio, lo que es materia de probanza y todo lo que deba ser resuelto en la sentencia.'"

Dícese como explicación a este cargo, que la manifestación hecha por el demandado Escobar, al contestar la demanda, de ser suya la finca de **Catalamonte,** constituye una verdadera confesión judicial que, aunada con la exhibición del título, y hallándose en ese título la alinderación de dicha finca, tiene que producir la plenitud de sus efectos en la presente litis, sin que la falta de alinderación de la referida finca haya sido en mo-

mento alguno de la actuación materia de controversia, ya que desde el primer momento del proceso quedó sellado el acuerdo perfecto entre los litigantes sobre el particular. De suerte que al desconocerse en la sentencia este aspecto esencial del negocio, se incurre en manifiesto error de derecho en la apreciación de la primordial prueba de toda la controversia, cual lo es la de la **litis contestatio**, y se violan flagrantemente los artículos 1769 del Código Civil y 556 y 575 del Código Judicial.

Se observa:

Los conceptos del Tribunal que motivan este cargo, son los contenidos en los siguientes párrafos de la sentencia recurrida:

"En el presente caso, el actor tan sólo ha determinado el predio que se dice sirviente y que lo constituyen los dos lotes alinderados como se expresan en los puntos primero y segundo del libelo; repecto del fundo dominante, tan sólo se afirma en la parte petitoria que es adyacente al lote denominado **El Crucero**, y en la relación que se hace en el hecho tercero, se dice que los predios en cuyo favor se pide la declaración de libertad, antes de ser de propiedad de la señora Gaitán de Gil pertenecían a dueños distintos, y el señor Miguel Alvarez, que poseía el lote denominado **El Suspiro**, hoy **San Miguel**, era también dueño del otro lote denominado **Catalamonte**, pero que entre estos dos se interponía el denominado **El Crucero**, lo que motivaba que el dueño de aquéllos, para transitar del lote de su propiedad llamado **San Miguel** al de **Catalamonte**, tuviera que recorrer una línea curva en vez de la recta, que le permitía pasar directamente de una a otra finca de su propiedad, atravesando en línea recta el lote denominado hoy **El Crucero**, y acortando así la distancia; y luégo agrega el actor que el anterior dueño de este último predio nunca permitió que se estableciera la servidumbre de tránsito a favor de los dos lotes del señor Miguel Alvarez.

"El demandado, al contestar este hecho, aceptó la relación acerca de la situación de los predios, pero negó la afirmación hecha por el demandante, al sostener que el dueño de **El Crucero** jamás permitió que se le estableciera servidumbre de tránsito.

"De esta relación, aceptada por las partes, tan sólo se desprende que el señor Miguel Alvarez era dueño de la finca llamada **El Suspiro** y **Catalamonte**, pero ella no da a conocer cuál sea la determinación del predio llamado **Catalamonte**, al cual se le niega la servidumbre de tránsito sobre los predios de **El Crucero** y **San Miguel**. Por consiguiente, no habiéndose determinado por medio de sus linderos el predio del demandado, falta uno de los extremos necesarios para poder decidir en el caso en cuestión, si en realidad existe o nó la relación jurídica denominada servidumbre, por lo cual es imposible acoger las pretensiones del actor.

"Se afirma también que habiendo el demandado presentado copia de la escritura en virtud de la cual adquirió la finca denominada **Catalamonte**, en donde se encuentran los linderos de ésta, así se ha determinado la finca del demandado.

"Esta otra argumentación tampoco puede aceptarse, por las siguientes razones:

"El demandado, en la contestación, admitió solamente que **Catalamonte** era una finca de su propiedad, pero no manifestó que ésta estuviera determinada por los linderos que constan en la escritura cuya copia presentó, ni que la finca determinada por estos linderos fuera la misma a que se había referido el demandante al hablar de **Catalamonte**.

"El demandado presentó la referida copia con un fin distinto de hacer la determinación que no había hecho el demandante, como fue el de poderse fundar en ella para denunciar el pleito al señor Miguel Alvarez.

"Además: la escritura presentada es un medio de prueba, y es bien sabido que el juzgador no puede fundar su fallo en hechos que aun cuando aparezcan demostrados en el expediente, no hayan sido alegados por la parte demandante como fundamento de su acción.

"De manera que los datos dados en el libelo que se estudia no son suficientes para determinar con precisión los dos extremos, que son indispensables para estudiar la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de una servidumbre, cosa absolutamente indispensable, y que debe resultar de la demanda, pues es ésta la que sirve de base y fundamento al estudio del juzgador; los hechos nuevos que relacionara la parte demandada, no podrían servir de fundamento para decidir las pretensiones del demandante, porque éste no los ha alegado en su favor."

No halla la Corte justificado el cargo que el recurrente le hace al Tribunal, de haber consignado en los fundamentos del fallo recurrido el erróneo concepto de que "el cuasicontrato de la **litis contestatio** queda consumado con el solo hecho de la presentación de la demanda."

Es tan claro lo dicho por el Tribunal, que para rechazar este cargo, sin entrar en otras consideraciones, basta observar que, como se ha visto, la conclusión a que llegó el sentenciador tiene, entre sus fundamentos, el siguiente concepto:

"El demandado, en la contestación, admitió solamente que **Catalamonte** era una finca de su propiedad, pero no manifestó que ésta estuviera determinada por los linderos que constan en la escritura cuya copia presentó, ni que la finca determinada por estos linderos fuera la misma a que se había referido el demandante al hablar de **Catalamonte**.

"El demandado presentó la referida copia con un fin distinto de hacer la determinación que no había hecho el demandante, como fue el de poderse fundar en ella para denunciar el pleito al señor Miguel Alvarez."

Como se ve, esta apreciación que hace el Tribunal de la contestación de la demanda, que no ha sido acusada de error de hecho, como habría sido el caso, si el recurrente no estuviera conforme con ella, deja fuera de lugar toda consideración referente a la tesis que trata de sentar el recurrente, de que en la contestación de la demanda pueden subsanarse las deficiencias sobre puntos sustanciales de que adolezca el libelo de demanda, como la falta de determinación de la cosa que se demanda. El cargo, por ende, carece de fundamento.

II. Error de hecho. En este cargo dice el recurrente que, "como aquí no se trata de demandar una cosa raíz, no son indispensablese los linderos," y que "en cambio sí está suficientemente determinado aquello que se demanda, sin lugar a confusión de ninguna naturaleza."

Para demostrar el error acusado, agrega:

"En efecto: hemos visto la manera cómo en dicha sentencia se aprecia la traba de la litis; allí se prescinde de saber, nada más sino porque se cierran los ojos a la ver-

dad de los hechos; que el predio de **Catalamonte** esté determinado, por no estarlo por sus linderos en la demanda propuesta; pero como esta determinación sí está hecha en la demanda por la situación precisa del fundo, y está complementada por la alinderación que reza la escritura pública número 269, de fecha ocho de febrero de mil novecientos diez y seis, que ocupa los folios 17 a 20 del cuaderno principal, de la primera instancia, en donde se lee: 'El segundo lote, o sea **Catalamonte,** linda así: 'Empezando en el lindero oriental de la hacienda, en el punto en que la línea imaginaria que los constituye corta la orilla oriental de la laguna de **Pedropalo,** en dirección Oriente, a dar a la piedra gorda que está en la orilla de la quebrada **Coyancha**. De la piedra gorda, quebrada **Coyancha,** abajo, hasta el frente de la piedra-herrada, que está en el llano de **Catalamonte;** de este punto, línea recta, a dar al **Cerropelado,** la cual línea pasa por la mencionada piedra herrada del llano de **Catalamonte,** lindando con tierras hoy de Estanislao Jiménez; y de la cima del **Cerropelado,** cuchilla, ambas, línea recta, a dar al punto donde la línea imaginaria corta la línea oriental de la laguna de **Pedropalo,** primer lindero,' hay que concluír forzosamente que el Tribunal incurrió en el error de hecho consistente en creer que el lote de **Catalamonte** no se halla determinado y delimitado en el juicio en términos de poderse hacer las declaraciones pedidas en la demanda, siendo así que sí está suficientemente determinado, como queda demostrado. A este error de hecho fue inducido el Tribunal por el error de derecho cometido en la apreciación de la prueba de **litis contestatio,** ya indicado arriba. Y el Tribunal, al prescindir del hecho de hallarse debidamente delimitado el predio, respecto del cual se niega la servidumbre en la demanda, viola directamente el artículo 837 del Código Judicial, el cual, al determinar el objeto de los procedimientos judiciales, estatuye 'que la sentencia sea conforme con la verdad de los hechos y conforme a la ley sustantiva en el derecho.' Es así como, por otra parte, la sentencia es casable por motivo de error de hecho, cometido en la apreciación de la prueba del contrato de **litis contestatio;** el cual error aparece de un modo evidente, y consiste en que el Tribunal desconoció, aparentó desconocer o negó la delimitación del predio de **Catalamonte,** y todo ello le indujo a proferir la sentencia en la forma en que lo hizo, adversa a la demanda. Acuso, pues, la sentencia recurrida por este nuevo aspecto, invocando la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, en cuanto fue violado el artículo 837 del Código Judicial, en el concepto que dejo expresado, y la **litis contestatio.**"

Para contestar este cargo, se reproduce lo dicho con relación al cargo que precede, y a ello se agrega que no es exacto lo afirmado por el recurrente, de que en la demanda sí está hecha la determinación del predio de **Catalamonte,** al cual se trata de que se le niegue la cualidad de predio dominante respecto de los denominados **El Crucreo** y **San Miguel,** y que allí no se especifican los linderos y demás circunstancias que dan a conocer dicha finca y a distinguirla de cualquiera otra con que pueda confundirse. Esa determinación era indispensable en el caso de autos, toda vez que la demanda tiene por objeto que se declare que el predio de **Catalamonte** no tiene la cualidad de predio dominante respecto de los predios denominados **El Crucero** y **San Miguel,** y tal cuestión no puede suscitarse sin la debida individualización de los predios, a los cuales se refiere tanto la cualidad de dominante como la de sirviente, ya que tales cualidades son inherentes a los predios, y no pueden hacerse valer afirmativa o negativamente sin la debida especificación de los respectivos fundos a que ellos atañen activa o pasivamente.

III. Error de derecho, por cuanto "en los mismos considerandos ya citados de la sentencia se prescinde en ésta de tener como prueba la escritura número 268, de febrero ocho de mil novecientos diez y seis, pasada ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá, y debidamente registrada; porque si se hubiera tenido como prueba no hubiera echado de menos el Tribunal los linderos del predio del demandado"; y concluye así el recurrente:

"El honorable Tribunal, prescindiendo de las disposiciones sobre pruebas citadas, se encarga, por medio de los anteriores considerandos, de darle una virtualidad especial al instrumento público exhibido, con prescindencia de aquello a que por su naturaleza está destinado tal instrumento, o sea servir de título de propiedad, ¿pero propiedad de qué? De la cosa que está determinada por linderos en el contrato, o sea la misma a que se ha referido el demandante en la demanda, con designación de su dueño, señor Escobar, es decir, el mismo que se presentó con su título a denunciar el pleito. Luego el Tribunal, al desconocerle al instrumento público exhibido por Escobar el carácter de plena prueba que le asigna la ley, viola ésta en las disposiciones arriba citadas, y es así como por este aspecto también es casable la sentencia, y en tal virtud la acuso, invocando nuevamente la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y designo los mismos artículos como disposiciones aplicables al caso."

Se observa:

Como ya se ha visto, en la sentencia recurrida dijo el Tribunal:

"La escritura presentada es un medio de prueba, y es bien sabido que el juzgador no puede fundar su fallo en hechos, que aun cuando aparezcan demostrados en el expediente, no hayan sido alegados por la parte demandante como fundamento de su acción. De manera que los datos dados en el libelo que se estudia no son suficientes para determinar con precisión los dos extremos que son indispensables para estudiar la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de una servidumbre, cosa absolutamente indispensable, y que debe resultar de la demanda, pues es ésta la que sirve de base y fundamento al estudio del juzgador; los hechos nuevos que relacionara la parte demandada no podrían servir de fundamento para decidir las pretensiones del demandante, porque éste no los ha alegado en su favor."

No es, pues, exacto que en los considerandos de la sentencia se prescinde de tener como prueba la escritura a que este cargo se refiere, presentada por el demandado con la contestación de la demanda; pues de lo que prescinde el Tribunal es de tomar en cuenta el contenido de esa escritura como parte integrante del libelo de demanda presentado por el actor, negándose, en consecuencia, a proferir un fallo que no esté en consonancia con dicho libelo. Como en los conceptos acusados no se trata de apreciación de pruebas sino de apreciación de

la demanda, no eran aplicables al caso los artículos 706 y 781 del Código Judicial y 1759 del Código Civil, que el recurrente designa como aplicables y señala como violados. El cargo es infundado.

IV. Error de hecho. Estima el recurrente que tratándose, como aquí se trata, de un caso de servidumbre (acción negativa), es abiertamente injurídico que considere como cuestión capital de la fundamentación de la acción, la especificación de los linderos del predio dominante o en contra del cual se alega la inexistencia o extinción de la servidumbre, ya que tales linderos vienen a ser un mero accidente 'reemplazable por otro, que supla la determinación de la cosa que se demanda,' y termina diciendo:

"El Tribunal incurre, pues, en un error de hecho, consistente en confundir la alinderación con el hecho que fundamenta la acción, aspecto éste por el cual también es casable la sentencia recurrida."

Se observa:

Como en este cargo no se expresa cuál es el hecho fundamental de la acción con el cual confunde el Tribunal la alinderación, ni tampoco se dice cuál es el accidente con el cual se suple la determinación del predio denominado **Catalamonte** en el libelo de demanda, el cargo carece de demostración; pero si tal accidente lo constituye la escritura presentada por el demandado con la contestación de la demanda, este cargo queda contestado con lo dicho en los puntos que preceden.

V. Error de derecho.

"Según jurisprudencia constante de Juzgados y Tribunales, rigurosamente ajustada a la ley expresa—dice el recurrente—los autos ejecutoriados constituyen entre las partes militantes en todo asunto juidicial, ley de rigurosa aplicación. En efecto: pasado el término de ejecutoria de un auto, éste queda intocable (artículo 42, Ley 40 de 1907), y como tiene que producir la plenitud de sus efectos, rige de manera inexorable para el asunto en que fue dictado. En tratándose de sentencias, dice el artículo 831 del Código Judicial:

'La sentencia ejecutoriada debe cumplirse; funda la excepción de cosa juzgada y hace nula cualquiera otra sentencia posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas personas.....'

"En el presente asunto, la única sentencia que se halla plenamente ejecutoriada, es la dictada por el honorable Tribunal de Casación, con fecha abril diez de mil novecientos treinta, por medio de la cual sentencia se ordenó proferir un fallo, no deficiente, al Tribunal Superior de Bogotá."

Después de algunas consideraciones acerca de lo resuelto en ese fallo de la Corte, y con algunas transcripciones de lo que allí se dijo, arguye así el recurrente:

"Acogiendo en forma puramente esquemática, como digo atrás, pero contrariando la letra y el espíritu de lo dispuesto por la Corte, el Tribunal, en su nuevo fallo, prescinde de declarar probada expresamente la excepción perentoria que oficiosamente había declarado probada en su primera sentencia; pero, en cambio, sienta sobre los mismos conceptos y a base de las mismas circunstancias, la confirmación del fallo de la primera instancia, que es absolutorio, lo que equivale a declarar probada nuevamente la excepción dilatoria de inepta demanda, luego la sentencia recurrida contraría en su espíritu y aun en su forma la doctrina sentada por el Tribunal de Casación en fallo que está plenamente ejecutoriado"; y concluye así:

"Es así como el Tribunal ha incurrido en un nuevo error de derecho, consistente en la violación directa de la sentencia de casación, y en este concepto es casable la sentencia recurrida por la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por ser contraria a la ley sustantiva, en virtud de lo cual la acuso formalmente por este motivo."

Como clara y terminantemente está formulada esta acusación por violación directa de una sentencia de casación, y ello no constituye causal de casación, el cargo carece de fundamento.

VI. Lo dicho en el punto que precede se hace extensivo al otro cargo formulado en el mismo capítulo de la demanda de casación, y que concluye así:

"En el presente caso, la razón de ser de la respetabilidad o intangibilidad de la sentencia de casación dictada en este asunto con fecha abril diez de mil novecientos treinta, está respaldada en motivos todavía más elevados de los que asisten a una sentencia de primer grado, necesario es concluír que la sentencia recurrida es casable, por la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por ser dicha sentencia directamente violatoria de la ley sustantiva, siendo de advertir que designo la sentencia de casación varias veces citada, como la ley violada, y la misma sentencia como la ley directamente aplicable al caso del pleito. En este nuevo motivo de derecho me fundamento, pues, para pediros, como formalmente lo pido, la casación de la sentencia recurrida."

VII. Error de derecho. Refiérese este cargo a los conceptos emitidos por el Tribunal en los siguientes párrafos de la sentencia:

"Por la petición subsidiaria se pide que en el caso de que antes hubiera existido una servidumbre de tránsito sufrida por el predio de **El Crucero** en utilidad del predio dominante **San Miguel**, tal servidumbre se extinguió desde que ambos predios vinieron a ser de propiedad de un mismo dueño.

"Esta petición es absolutamente errada, porque para que una servidumbre se extinga por la confusión de los predios dominante y sirviente, es preciso que una sola persona venga a ser propietaria de los dos, y en el caso de autos, la servidumbre cuya extinción se alega, debió existir entre los predios denominados **El Suspiro**, hoy **San Miguel**, y **El Crucero**, los cuales, según el decir del demandante, han venido a ser de un solo dueño; pero la confusión, para que pudiera invocarse en contra del demandado, era preciso que se hubiera consumado, no entre los predios de **El Suspiro** y **El Crucero**, sino entre éstos o alguno de ellos y **Catalamonte**.

"Para que se pudiera declarar que en este caso la servidumbre que se dice existió entre los predios denominados **El Crucero** y **San Miguel** se extinguió por confusión, era preciso que se hubiera demostrado su existencia, ya que no puede concluirse que un fenómeno jurídico haya dejado de producir sus efectos cuando se ignora si en alguna época existió. En este caso el demandado presentó copia de la escritura número 392, en la cual consta que Miguel Alvarez y Estanislao Jiménez celebraron un contrato de servidumbre de tránsito, en virtud del cual el primero le concedió al segundo el derecho para transitar por entre su predio denominado **El Tam-**

bo o **El Suspiro**, y el segundo concedió al primero el mismo derecho de tránsito por entre su terreno denominado **La Esperanza**, para que Alvarez pudiera ponerse en relación con el predio llamado **Catalamonte**, pero en esa escritura no se expresaron los linderos de los predios gravados y beneficiados con la servidumbre, y por esto carece de valor probatorio."

Largamente diserta el recurrente para fundar esta casación, y concluye así:

"En el presente pleito, el actor determinó clara y precisamente por situación y linderos, los predios de su propiedad, los que afirman están libres de servidumbres a favor de un predio adyacente a uno de ellos, cuyo dueño designó, y que es el mismo que pretende la existencia de la servidumbre, señor Pantaleón Escobar. A éste, pues, le correspondía aducir todos los elementos que integran la servidumbre, situación y linderos de su predio como dominante, relación y título, y a pesar de que nada de esto aparece comprobado, el Tribunal absuelve al demandado, lo que puede equivaler a declarar probada la existencia de la servidumbre.

"Si el Tribunal ha considerado que la finca que se dice dominante no está determinada por linderos, falta este elemento de la servidumbre, sujeto activo o predio dominante, y entonces el Tribunal ha debido declarar no probada la existencia de la servidumbre, y por lo mismo, decretar la demanda de conformidad; y estando como está, a mi modo de ver, suficientemente determinado eso que se dice predio dominante, el Tribunal ha debido entrar a examinar el título, y siendo el exhibido por el demandado carente de valor probatorio, como lo dice el mismo Tribunal, por no haberse expresado en la escritura los linderos de las fincas, ha debido el Tribunal llegar a la misma conclusión, y decretar la demanda de conformidad.

"Ha incurrido, pues, el Tribunal, en otro error de derecho, a saber: el consistente en la violación del artículo 543 del Código Judicial, que el Tribunal dejó de aplicar al caso del pleito, ya que no habiéndose probado por el demandado los elementos constitutivos de la servidumbre que se le niega a favor de su predio, ha debido condenársele al tenor de la demanda. Por este motivo de derecho acuso formalmente la sentencia recurrida, por ser casable por la causal primera del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, y pido que la caséis."

Observa la Corte que son tan claras y jurídicas las razones expuestas por el Tribunal en los párrafos aquí transcritos, que no requieren nuevos argumentos para dejar demostrado lo infundado de este cargo; y que si alguna duda queda sobre el particular para justificar la absolución impugnada por el recurrente, bastaría lo dicho por el sentenciador en el siguiente párrafo con que concluye la parte motiva del fallo recurrido:

"Pero hay más: el dueño de **Catalamonte** nada tiene qué ver con la declaración subsidiaria, porque si la confusión se ha verificado entre los predios de **El Suspiro** y **El Crucero**, en nada le afectaría los fenómenos ocurridos en estos predios, por ser absolutamente extraño a ellos, y por tanto, no pudiéndole perjudicar el fallo que al efecto se dictara, no debió comprometérsele como parte en esta cuestión, por lo cual procede igualmente su absolución."

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, resuelve:

No hay lugar a casar la sentencia recurrida proferida en este proceso por el Tribunal Superior de Bogotá, el diez de diciembre de mil novecientos treinta, con costas a cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

En el juicio de sucesión de los esposos Tiberio Quintero y Elena Trujillo de Quintero, seguido en el Juzgado 6° del Circuito de Bogotá, al hacer la partición de los bienes se liquidaron previamente a favor de la heredera Isabel Quintero de Quintero, casada con Teodoro Quintero e hija de los expresados causantes, las siguientes partidas:

"Por su porción hereditaria.. .. ..$	1,076 15
"Para reembolsarle de las deudas pagadas.	5,347 70
"Para cubrir los derechos comprados.. ..	1,076 15
"Total.. .. ..$	7,500 .."

Allí mismo se dispuso en la hijuela correspondiente:

"Para pagarle la suma de siete mil quinientos pesos valor de su hijuela, se le adjudican en pleno dominio y propiedad una casa baja, de tapia y teja, junto con el lote de terreno en que está edificada, situada en la esquina que forman la calle diez y ocho con la carrera quinta de esta ciudad, el número noventa y uno (91), y comprendida dentro de los siguientes linderos:

'Por el Occidente, calle de por medio, con la casa del señor Rafael Antonio Reyes, antes del señor Jorge Price o de su esposa; por el Norte, calle de por medio, con casa del doctor Ramón Gómez; por el Sur, con casa de las señoras Mendozas, que antes fue del señor Francisco Malo Manzano, y por el Oriente, con casa del señor Aureliano Mariño.'

"Posteriormente murió Teodoro Quintero, y abierto el juicio de sucesión de éste en el Juzgado 3° del Circuito de Buga, se comisionó al Juzgado 4° del Circuito de Bogotá para la práctica del inventario de los bienes situados en esta ciudad que pertenecieran a esa sucesión, y el diez y nueve de julio de mil novecientos veintisiete, se practicó esa diligencia, en la cual se lee lo siguiente:

'El doctor Pedro A. Posse Camargo, bajo la promesa que prestó en legal forma, de denunciar los bienes que sepa pertenecen a la sucesión del señor Teodoro Quintero, denunció los siguientes:

'Activo—Bienes raíces.

'Partida única. Una casa baja, de tapia y teja, situada en la calle 18, intersección con la carrera 5ª de esta ciudad, junto con dos tiendas accesorias, marcada la casa con el número 191 de la calle 18, y las tiendas con los números 189 de la calle 18 y 228 de la carrera 5ª, tiendas que hacen parte de la misma casa, todo lo cual está comprendido dentro de los siguientes linderos generales: por el Norte o frente, con la calle 18 de por medio, con casa del doctor Ramón Gómez; por el Sur, con casa de

las señoras Mendozas, que antes fue del señor Francisco Malo Manzano; por el Oriente, con casa del señor Aureliano Mariño; por el Occidente, carrera 5ª de por medio, con casa del señor Rafael Antonio Reyes, antes del señor Jorge Price o de su esposa.'

'Los peritos avaluaron la casa así deslindada, de común acuerdo, en la suma de once mil pesos moneda corriente.. .. .. .

disuelta por muerte de aquél, y nó la sucesión de Teodoro Quintero Varela, tiene derecho, a título de recompensa, de conformidad con el artículo 1801 del Código Civil, especialmente del inciso 2º, a que de mis bienes se le cubra o abone el crédito por cuatro mil ochocientos pesos ($ 4,800), inventariado como de la sucesión de Teodoro Quintero Varela, según consta en las diligencias de inventarios practicadas por el Juzgado de usted, con fechas catorce, quince y diez y siete del mes de junio de mil novecientos veintisiete, crédito que representa los costos de adquisición de parte de la casa número 91 de la calle 18 de la ciudad de Bogotá, a que se refiere la anterior declaración.

"Tercera. Que, en consecuencia, el referido crédito por $ 4,800 inventariado a mi cargo y a favor de la sucesión de Teodoro Quintero Varela, debe excluírse de los inventarios, e inventariarse uno por suma equivalente a mi cargo y a favor de la sociedad conyugal formada por mi citado esposo y por mí, a título de recompensa, de acuerdo con lo que prescribe el citado inciso 2º del artículo 1801 del Código Civil.

"Cuarta. Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1398 del Código Civil, antes de liquidar la sucesión de mi esposo Teodoro Quintero Varela, se proceda a liquidar la sociedad conyugal habida entre mi citado esposo y yo, haciéndose los cargos y abonos a que haya lugar entre los socios, respecto del crédito a que se refieren las dos declaraciones que preceden."

El apoderado de los demandados contestó así:

"Me opongo a la primera petición, o sea que se excluya de los inventarios la casa que, ubicada en Bogotá, y marcada con el número 91 de la calle 18, se encuentra comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Occidente, calle de por medio, con casa del señor Rafael Antonio Reyes, antes del señor Jorge Price o de su esposa; por el Norte, calle de por medio, con casa del doctor Ramón Gómez; por el Sur, con casa de las señoras Mendozas, que antes fue del señor Francisco Malo Manzano, y por el Oriente, con casa del señor Aureliano Mariño. Me opongo, porque de acuerdo con el mismo título que ha presentado la demandante, consta que de los $ 7,500 en que fue avaluada la casa cuya exclusión se pide, solamente $ 1,076-15 le fueron adjudicados a la demandante por su porción hereditaria, y el resto fue habida o por derechos comprados o por reembolso de las deudas pagadas. De acuerdo con el inciso 5º del artículo 1781 del Código Civil, el haber de la sociedad conyugal se compone de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso. Aun pues en el supuesto falso que la señora Quintero viuda de Quintero hubiera pagado estas deudas y hecho estas compras, como siempre la adquisición sería a título oneroso, de todos modos pertenece a la sociedad conyugal. Quedan en la anterior forma contestados los puntos 1º y 2º de la primera demanda.

"Me opongo a la tercera petición, o sea que se excluya de los inventarios el crédito que por $ 4,800 fue inventariado a cargo de la señora Quintero viuda de Quintero y a favor de la sucesión, por confesión que, bajo juramento, en esa forma hizo el apoderado legal de la demandante en el acto de los inventarios, como por haber sido ese crédito reconocido y aceptada su legitimidad por todos los coasignatarios, á la manera exigida por el artículo 254 de la Ley 105 de 1890, que no exige conjuntamente los requisitos que en tal disposición se señalan, sino unos u otros. Tiene, pues, la señora demandante que demostrar que hubo error de hecho en la confesión de su apoderado.

"Por las mismas razones me opongo a la petición cuarta.

"En cuanto a la petición segunda de la demanda de enmienda, hago presente que me parece inconducente la cuestión de la recompensa, pues eso sería materia de la partición, si a ello hubiere lugar, y luégo naturalmente de que la demandante demuestre que el crédito es a favor de la sociedad conyugal y no de la sucesión, lo que no me explico cómo sucederá; pues en primer lugar hay una confesión de por medio; en el pedimento tercero de la primera demanda, dice que ese crédito es de su exclusiva propiedad; en la demanda de corrección, que es de la sociedad conyugal, y en posiciones, que dentro del juicio de sucesión absolvió la demandante, afirma que ese dinerito era de su exclusiva propiedad, el que trajo de Bogotá en su último viaje, y sacó de un banco, donde su padre se lo había dejado depositado. Será el caso en que el Juez se verá en la obligación de investigar de oficio el perjurio que sin duda resultará. Me opongo, pues, a dicho pedimento.

"Me opongo con mayores veras al pedimento cuarto de la demanda de enmienda, por inconducente; ello será asunto de la partición, en donde el nombrado, naturalmente de acuerdo con este artículo, liquidará primero la sociedad conyugal, y luégo adjudicará a la única heredera lo que a su padre corresponda por gananciales en la sociedad y sus bienes propios. No se fijó la demandante que el artículo por ella invocado está en el capítulo de la petición de bienes."

En la sentencia de primera instancia, dictada el veintiséis de marzo de mil novecientos treinta, se hicieron las siguientes declaraciones:

"Primera. Exclúyese de los inventarios de los bienes pertenecientes a la sucesión del señor Teodoro Quintero Varela, por ser de la exclusiva propiedad de la señora Isabel Quintero viuda de Quintero, la casa de Bogotá, situada en la esquina que forman la calle 18 y la carrera 5ª, marcada en su puerta de entrada, que da a la calle 18, con el número 91, y comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Occidente, calle de por medio, con casa del señor Rafael Antonio Reyes, antes del señor Jorge Price o de su esposa; por el Norte, calle de por medio, con casa del doctor Ramón Gómez; por el Sur, con casa de las señoras Mendozas, que antes fue del señor Francisco Malo Manzano, y por el Oriente, con casa del señor Aureliano Mariño.

"Segunda. Que la disuelta sociedad conyugal Quintero-Quintero, y nó la sucesión de Teodoro Quintero Varela, tiene derecho, a título de recompensa, de conformidad con el artículo 1801 del Código Civil, a que de los bienes de la cónyuge supérstite, señora Isabel Quintero viuda de Quintero, se le cubra o abone el crédito por cuatro mil ochocientos pesos ($ 4,800), inventariado como de la sucesión del señor Teodoro Quintero Varela, como consta en la respectiva diligencia practicada por dicho Juzgado con fechas catorce, quince y diez y siete de julio de mil novecientos veintisiete, crédito que representa los costos de adquisición de parte del inmueble de Bogotá, a que se refiere la anterior declaración.

"Tercera. De acuerdo con la declaración inmediatamente anterior, exclúyese de los inventarios de los bie-

nes de la sucesión del señor Teodoro Quintero Varela el crédito de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4,800), e inclúyase uno por igual suma a favor de la sociedad conyugal Quintero-Quintero y a cargo de la señora Isabel Quintero viuda de Quintero.

"Cuarta. Liquídese la sociedad conyugal Quintero-Quintero, para el efecto de los cargos y abonos entre los socios a que da lugar el crédito premencionado; y

"Quinta. Exclúyese asímismo de los inventarios de la sucesión del señor Teodoro Quintero Varela el crédito pasivo de ochocientos veintidós pesos cincuenta y ocho centavos ($ 822-58) a cargo de la sucesión y a favor del señor Ricardo Fina, por no estar demostrada su existencia.

"Con costas (Código Judicial, artículo 864, numeral 1º)."

Apelada esa sentencia por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que conoció del recurso, profirió la de segunda instancia el veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y uno, que revoca la de primera instancia, y en su lugar dispone:

"Primero. La casa situada en la ciudad de Bogotá, en la esquina que forman la calle 18 con la carrera 5ª, alinderada en el libelo de demanda, no es de la propiedad exclusiva de la señora Isabel Quintero de Quintero, y, por lo mismo, no se excluye de los inventarios de la sucesión de don Teodoro Quintero Varela.

"Segunda. En la misma casa tiene la mencionada señora Isabel Quintero de Quintero un derecho proindiviso con la sociedad conyugal que existió entre don Teodoro Quintero Varela y ella, de valor nominal de mil setenta y seis pesos con quince centavos ($ 1,076-15), tomados de los siete mil quinientos pesos ($ 7,500) en que se justipreció dicha casa en la sucesión de los cónyuges Tiberio Quintero y Elena Trujillo; derecho que se declara excluído de los inventarios de la sucesión de don Teodoro Quintero Varela.

"Tercero. Se declara excluído de los inventarios de la sucesión de don Teodoro Quintero Varela el crédito por cuatro mil ochocientos pesos ($ 4,800) inventariado a cargo de la señora Isabel Quintero de Quintero y a favor de la expresada sucesión.

"Cuarto. No es el caso de excluír, y no se excluye, el crédito pasivo anotado en la misma sucesión a favor de don Ricardo Fina.

"Quinto. Procédase a la liquidación de la sociedad conyugal que existió entre don Teodoro Quintero Varela y la señora Isabel Quintero Trujillo.

"Sin costas."

La parte demandante interpuso recurso de casación. El Tribunal se lo concedió, y la Corte lo admite por hallarlo ajustado a la ley.

Fundado el recurso ante esta Superioridad bajo la vigencia de la Ley 105 de 1931, el recurrente invoca como causal de casación la del ordinal 1º del artículo 520 de dicha Ley, y al efecto formula estos cargos:

"Violación de los artículos 1795 y 1781 del Código Civil.

"Según el inciso 3º de este artículo—dice el recurrente—la confesión de uno de los cónyuges en favor del otro, se mirará como una donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios.

"Ahora bien: en la partición de los bienes dejados por los padres de los demandantes, se formó a ésta hijuela con adjudicación de la casa en Bogotá, de que ya se habló.

"Allí se le hizo una adjudicación 'por deudas pagadas,' dice esa partición, lo que da la expresión de que lo fueron por la adjudicataria. Se presume que se paga porque se debe, lo uno entraña lo otro, y que a quien se paga es al acreedor; pues para repetir lo pagado por error, es preciso alegar este artículo, 2313 del Código Civil, de lo cual resulta que hubo mala apreciación en la sentencia de la relacionada declaración o causa de la adjudicación, de donde se origina la violación del citado artículo en dicho inciso, dejando de tenerlo en cuenta, siendo del caso.

"La declaración que contiene la partición de adjudicación por pago de deudas, implica el reconocimiento expreso de deuda a favor de la adjudicataria, declaración que aceptada por su cónyuge, tiene el carácter y valor de una confesión, o sea de que ella con lo suyo pagó las mencionadas deudas de la sucesión de sus padres, confesión que a lo menos corresponde mirar como donación, que se confirmó por la muerte del donante señor Teodoro Quintero, esposo de dicha señora, y justifica el dominio exclusivo que se adjudicó a ésta por tal causa en la citada casa.

"En el fallo no se tuvo en cuenta esa razón de dominio alegado por la demandante, ni se apreció la referida declaración de la partición y convenio escriturado que a ésta se incorporó, con lo que se incurrió en error en la apreciación de esta prueba, y por ello en violación del inciso 3º del citado artículo 1795, que dejó de aplicarse, y en el del ordinal 5º del artículo 1781 a que se dio aplicación, sin ser del caso,"

Se observa:

Erradamente se afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta la razón de dominio a que se refiere el recurrente, alegada por la demandante como fundamento de su acción. Los párrafos de la sentencia recurrida que en seguida se transcriben, demuestran por sí solos que el cargo es infundado.

"Fundóse la primera petición—dice la sentencia—en que la casa de Bogotá es de propiedad exclusiva de la señora demandante, por haberle sido adjudicada en la sucesión de sus finados padres Tiberio Quintero y Elena Trujillo de Quintero, según lo acredita la escritura número 610, de fecha veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, pasada en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, título éste que se acompañó a la demanda, del cual, efectivamente aparece que a la señora Isabel Quintero de Quintero le correspondió en la sucesión de sus padres una hijuela por valor de siete mil quinientos pesos, distribuídos así:

"Por su porción hereditaria... .. ..$	1,076 15
"Para reembolsarla de las deudas pagadas..	5,347 70
"Para cubrirle los derechos comprados.. ..	1,076 15
"Suma.. .. ..$	7,500 ..

"En la misma hijuela consta que para cubrir este valor se le adjudica a la heredera nombrada la casa de Bogotá, que en otro lugar quedó individualizada por sus correspondientes linderos.

"Como se ve, aunque es verdad que la casa a que hace referencia fue adjudicada en su totalidad a la deman-

dante señora Quintero de Quintero, es interesante no perder de vista que, según discriminación que la misma hijuela contiene, la porción que a dicha señora correspondió a título de heredera en la sucesión de sus padres, fue sólo la de $ 1,076-15, pues las otras cuotas hasta completar el valor total de ese inmueble, no se derivan de su calidad de heredera, sino de su carácter de acreedora de la sucesión por deudas pagadas y por derechos hereditarios comprados.

"Dice el artículo 1781 del Código Civil que 'el haber de la sociedad se compone:

. . . . . .

'5º De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso'; de modo que si los seis mil cuatrocientos veintitrés pesos con ochenta y cinco centavos ($ 6,423-85) que, sobre la cuota hereditaria, completan el valor total de la casa que en la mencionada hijuela aparece adjudicada a la señora demandante, provienen de pagos hechos por ella de deudas a cargo de la sucesión y de compra de derechos hereditarios, la porción que estos valores representan en la casa de Bogotá pertenecen a la sociedad conyugal Quintero-Varela-Quintero, existente entonces, y nó al patrimonio particular de la última, a la cual sólo pertenece en forma exclusiva un derecho por valor de $ 1,076-15, que se le adjudicó a título de heredera en la sucesión de sus padres señores Tiberio Quintero y Elena Trujillo de Quintero.

"Y por lo dicho se observa que en la referida hijuela hay una involucración de patrimonios, desde luégo que en un mismo inmueble están representados derechos propios de la cónyuge y derechos que forman el patrimonio social; y desde este punto de vista no es procedente la demanda en su primera petición, que se funda en el falso postulado de que el inmueble aludido pertenece exclusivamente a la señora Quintero de Quintero Varela."

Como complemento de ese cargo, continúa diciendo el recurrente:

"La partición de los bienes de las citadas sucesiones acumuladas, fue acordada previamente por la demandante, por su esposo el señor Teodoro Quintero, por el señor Tirso Quintero y por el que habla, hermanos de ella, quienes personalmente por sí y en nombre propio, la convinieron y le dieron forma obligatoria en la escritura pública número 1011, de primero de mayo de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1ª de esta ciudad (folio 11 del cuaderno de prueba de la parte demandante); en la cláusula cuarta de la cual escritura expresa 'que la señora Isabel Quintero de Quintero queda hecha cargo, ella sola, del precio de los derechos comprados a los otros dos coherederos, por lo que en esta misma partición a ella se le adjudicarán estos derechos.'

"Todos los mencionados otorgantes firman por sí y separadamente esa escritura, y de ella resulta claramente la confesión de que esos derechos son de la señora Isabel, según declaración expresa del marido; el precio y su pago fueron de cargo de ella sola, es decir, sin intervención del marido, ni de la sociedad conyugal, correspondiendo a ella responder con sus bienes propios por esos derechos, declaración que tiene a lo menos la fuerza de una confesión del marido que, confirmada por la muerte de él, se afirmó, quedando dicho bien en patrimonio de la demandante; de manera que aun tomando esos derechos como originariamente de la sociedad conyugal, por la declaración del marido de su ánimo y gusto de que fuesen de ella sola, se verificó el fenómeno jurídico de la referida donación, al tenor de dicho artículo 1795....."

"No exige la ley—sigue diciendo el recurrente—la plena prueba, como acaba de verse, sino que basta 'que aparezca que determinado bien es de uno de los cónyuges para que se le tenga por tál'; y de la partición debidamente legalizada y convenio que le precedió, aparece la adjudicación a la señora Isabel por deudas que pagó con bienes propios y por derechos que compró con parte de los mismos, y basta 'que aparezca' para que el dominio de esas adjudicaciones se tome a su favor conforme al citado artículo, a lo menos por viá de presunción, mayormente estando en posesión, cómo aparece de autos (inciso 2º del artículo 762 del Código Civil)."

"El fallo—concluye diciendo el recurrente—incurrió en error de hecho manifiesto al dejar de tener en cuenta y apreciar las referidas declaraciones en la citada escritura de parti (sic) y convenio acerca de ella, la confesión y donación que ellas comportan, por cuyo error incurrió en violación de los artículos 765, 1759, 1795 y 762 del Código Civil, disposiciones que dejó de aplicar, siendo del caso."

Lo que consta en la escritura número 1011, citada por el recurrente, es que, presentes ante el Notario y los testigos instrumentales, Isabel Quintero y su marido Teodoro Quintero, Félix T. Quintero y Tirso Quintero, dijeron en las cláusulas primera y segunda que en los juicios de sucesión, acumulados, de Tiberio Quintero y Elena Trujillo de Quintero, fueron declarados herederos tanto los comparecientes como hijos legítimos de éstos, como el doctor José María Bueno y la señorita Elena Bueno, como hijos de Elena Trujillo en su primer matrimonio; que los otorgantes le compraron al doctor Bueno sus derechos hereditarios, y tenían celebrada una promesa de compra de los de la señorita Elena Bueno, por lo que, al efectuarse ésta, quedarían únicos dueños del haber hereditario, y para ese evento pactaban por medio de esa escritura la forma en que debía hacerse entre ellos la partición de los bienes que en seguida enumeraron en la cláusula tercera; luégo dicen:

"Cuarta. Que tomando en cuenta la proposición en que se hizo el pago del pasivo, y además, el que la señora Isabel Quintero de Quintero queda hecha cargo ella sola del precio de los derechos comprados a los otros dos coherederos, por lo que en esta misma partición a ella se le adjudican estos derechos, se ha llegado a convenir en la partición siguiente:

"Se reconocen a favor de la expresada Quintero de Quintero las tres partidas de que arriba se hizo mérito, que juntas ascienden a $ 7,500, y se dispone que en pago de esa suma se le adjudique la casa ubicada en la calle 18 de Bogotá, que figura en la hijuela de que ya se ha hablado."

Es esto en lo que se funda el recurrente para afirmar que el marido de la Quintero de Quintero confesó que el dinero con que ésta contribuyó para el pago de las deudas de sus finados padres y con el que hizo la compra de los derechos de sus coherederos señores Bueno, fue de la propiedad particular de esa señora, sin tener en cuenta que esas estipulaciones entre los expresados coherederos Teodoro Quintero y su mujer Isabel Quintero eran una sola y misma parte, y que al decirse allí

que "Isabel Quintero de Quintero queda hecha cargo ella sola del precio de los derechos comprados," sólo se dice que el pago de ese precio corre únicamente a cargo de esa parte estipulante, con exclusión de los otros herederos que con ella contrataban. El recurrente trata de darle a esa expresión un alcance que no tiene ni es posible atribuírle.

No hay, pues, en la referida escritura número 1011, nada que requiriera un especial estudio del Tribunal, ya que lo estipulado en ella está consagrado en la partición, y no puede decirse, por tanto, que el Tribunal dejara de apreciarlo, y como la afirmación del recurrente de que Teodoro Quintero confesó en la mencionada escritura número 1011 que el dinero con que la heredera Isabel Quintero (su mujer) pagó las deudas de la sucesión y compró los derechos de sus coherederos pertenecía exclusivamente a ésta, no tiene apoyo en ese instrumento público ni en ningún otro documento o acto auténtico que demuestren la equivocación evidente que se le imputa al juzgador. El cargo es infundado.

Lo que viene dicho sirve para declarar igualmente infundado este otro cargo por error de hecho y violación de los artículos 1759 y 765, inciso 4º, del Código Civil.

"La adjudicación—dice—no se tuvo en cuenta como personal para la señora Isabel Quintero de Quintero, en cuanto respecta a los derechos comprados y deudas pagadas, sino que se apreció para la sociedad conyugal, ni se tuvieron en cuenta las referidas declaraciones de su marido, y su propósito de que tal adjudicación fuera para ella sola, con lo que se incurrió en error de hecho y en violación de las citadas disposiciones."

Violación de los artículos 191 y 1816 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887.

Transcribe el recurrente los citados artículos 191 y 1818, y afirma que "negocio personal fue el de la señora Isabel en el convenio de partición, y cargo que se le hizo de los precios de los derechos comprados," porque "el convenio o contrato de partición fue celebrado por ella, y ella aparece como otorgante, de manera que la intervención de su esposo don Teodoro Quintero allí, sólo significa su autorización, o sea el requisito legal necesario para que ella válidamente pudiese contratar."

"Y en el evento—dice luégo—de que se estime falta de disposición expresa, exactamente aplicable al caso de contrato de la mujer en negocio personal de ella (artículo 191 del Código Civil), que guardó silencio al respecto, según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, correspondería aplicar el 1816....."; y termina así:

"No se tuvo en cuenta en el fallo que tanto las compras a los medio hermanos de la señora Isabel, como la misma partición en la forma en que está y convenio precedente acerca de ella celebrado, tuvieron por móvil, como aparece claramente, la razón de tratarse de un bien dejado por los padres de ella, y las consideraciones de sangre y de familia, de los vendedores, para con su compradora, la señora mencionada; ni que el referido contrato sólo a ella obligó al respecto, y sólo para ella se hizo la adjudicación con voluntad expresa de su cónyuge; se prescindió de esa calidad especial de la adjudicación; se incurrió en error de hecho tomando la adjudicación para la sociedad conyugal, en vez de sólo para la citada señora Isabel, y dejando de aplicarlos, se incurrió en violación de los artículos 191, 1816 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887."

Se observa:

No es el caso de hacer aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, porque la cuestión es elemental en el régimen de la sociedad conyugal, lo que en términos generales y con claridad y precisión establece el artículo 1781, ordinal 5º, del Código Civil, según el cual "todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso" ingresan al haber de la sociedad conyugal, salvo el caso de que la adquisición sea hecha con valores propios del cónyuge, destinados a ello en las estipulaciones matrimoniales, o en una donación por causa de matrimonio, por expresa decisión del artículo 1783 ibídem, ordinal 2º. Fuera de este caso todos los bienes que a título oneroso adquiera uno de los cónyuges, aunque lo haga obrando en su propio nombre, pertenecen a la sociedad conyugal, sin que a ello se oponga la circunstancia de que la adquirente sea la mujer, y que ella obre con autorización expresa de su marido, interviniendo éste en el acto, y diciendo la mujer que adquiere para sí.

Lo establecido en los artículos 191 y 1816 del Código Civil, de que la mujer que procede con autorización del marido, obliga a éste en sus bienes, y obliga, además, sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que ella reportare del acto, y que los actos y contratos de la mujer administradora obligan a la sociedad y al marido, salvo en cuanto apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer, se refieren a casos distintos del que aquí se contempla, que es el de adquisición de bienes por uno de los cónyuges con valores que no resulta, ni se ha probado que fueran de su pertenencia y destinados para ello en las capitulaciones matrimoniales o en donación por causa de matrimonio. El cargo carece de fundamento.

En error de hecho y consiguiente violación de los artículos 1668, ordinal 4º, 1789, inciso 2º, y 765 del Código Civil, dice el recurrente que incurrió el Tribunal en la apreciación del convenio de partición y de la partición de los bienes de que se viene hablando, por cuanto no tuvo en cuenta que al adjudicarle a la demandante la casa materia de esta litis, se efectuó la subrogación de que trata el citado artículo 1789, en su segundo inciso, y para sustentar este cargo dice que "al no atenernos a las declaraciones de la señora Isabel, de que con dinero que le dejó en depósito su padre, se pagaron los derechos herenciales comprados a sus medio hermanos y las deudas de la sucesión de sus padres, la declaración de su esposo don Teodoro en el convenio de partición (escritura 1011 de primero de mayo de mil novecientos veinticuatro, Notaría 1ª de este Circuito (folio 11 vuelto del cuaderno de pruebas de la parte demandada), de que su esposa sola, la mencionada señora quedaba hecha cargo del pago de esos derechos, y luégo el reconocimiento en la partición de esos pagos hechos con su dinero, causa de la adjudicación a su favor, implican la confesión de esas sumas a favor de ella, confesión que, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 1795 del Código Civil, debe ser mirada como una donación de dicho esposo a favor de su esposa por el precio de esos derechos y monto de tales deudas, donación que se confirmó por la muerte del donante; las cuales sumas de dinero aparecen invertidas en las expresadas sucesiones acumuladas, y fueron causa de adjudicaciones en la casa de esta ciudad a la ya mencionada señora, con lo que virtualmente quedaron subrogadas tales adjudicaciones

a los valores en dinero o precios de que antes se habló; subrogación real para cuya validez sólo exige el inciso 2º del artículo 1789 citado, que aparezca la inversión en la respectiva escritura, que aquí lo es la partición, que tiene el valor de tál y de título traslaticio de dominio —inciso 4º del artículo 765 del Código Civil—y el destino de esos valores y ánimo de subrogar a ellos dichas adjudicaciones, aparece de los mismos documentos.

"Según el artículo 1668 del Código Civil, se efectúa la subrogación por ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor (subrogación personal) en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio.....

. . . . . .

'4º Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.'"

Se observa:

1º Que de los documentos a que se refiere el recurrente no resulta la confesión de Teodoro Quintero, de que el dinero con que su mujer se obligaba a pagar el precio de los derechos herenciales de los señores Bueno Trujillo, era de propiedad de ella, y que lo fuera asimismo el dinero con que ella pagara la deuda de la sucesión de sus padres, circunstancia que, aunque realmente apareciera demostrada, ninguna importancia tendría en la decisión de la cuestión que se debate.

2º Que, como viene dicho, en ninguna de las piezas del proceso consta que el dinero con que Isabel Quintero de Quintero pagara las deudas y comprara los derechos de que se trata, fuera de propiedad de ella, con destino a adquirir la casa que se le adjudicó en la partición con motivo de esas operaciones, de acuerdo con lo establecido en el ya citado artículo 1783 del Código Civil. El cargo es infundado.

En otro cargo dice el recurrente:

"Tanto en el convenio de partición, escritura número 1011, de primero de mayo de mil novecientos veinticuatro, Notaría 1ª de Bogotá, como en la partición, protocolizada por instrumento público número 610, de veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría 5ª de la misma ciudad, documentos aceptados por las partes en el juicio, resulta comprobado que la adjudicación a la señora Isabel en la sucesión de sus padres, procede de su derecho herencial, de derechos de sus medio hermanos, adquiridos con dineros propios, y de pago de deudas con los mismos, todo lo cual se reunió en un solo bien adjudicado; en la casa que dejaron los padres, de la adjudicación por deudas, se dice:

'Para reembolsarla de las deudas pagadas, esto es, para pagarle las cantidades de dinero de que quedó acreedora por esa causa'; pues de otro modo no tendría sentido la palabra **reembolsarla** empleada allí.

"Esas cantidades las dio en interés personal suyo, como aparece de tales documentos, que en especial se refieren a la persona y patrimonio particular de la esposa, y todo muestra en ellos que se trata de que la casa dejada por los padres de la señora Isabel, pasase a ella sola en propiedad y dominio, como se le adjudicó y quiso así su esposo.

"De los citados documentos aparece que el bien es de dicha señora, y ello solo basta, según el precitado artículo 1795, contra la presunción de dominio que establece éste en favor de la sociedad conyugal.

"En el fallo no se tuvo en cuenta la fuerza probatoria de los citados documentos respecto de dichas declaraciones, con lo que se incurrió, por omisión, en error de hecho, dejando de apreciarlas, y en violación, por causa de ello, de los artículos 681 del Código Judicial vigente, al tiempo en que fue dictado (603 y 632 del actual Código Judicial), y 1759 del Código Civil, en cuanto a la fuerza de plena prueba que dan contra los interesados a las declaraciones que hagan en instrumento público, aun en el caso del artículo 1760, puesto que ese convenio está firmado por las partes; y por mala apreciación de la referida prueba, se incurrió en violación de los artículos 1795, 1688 e inciso 2º del 1789, dejando de tenerlos en cuenta y aplicarlos, o el 1816, en vez del inciso 5º del artículo 1781, en que se apoyó el fallo."

Continúa el recurrente haciéndole a la sentencia los siguientes reparos:

a) Que "un tanto del avalúo del citado bien se adjudicó en la mortuoria de sus padres a la señora Isabel, por su derecho herencial como hija legítima, acerca del cual no ha habido discusión de que es de ella personalmente; conforme a lo dispuesto en el artículo 1782 del Código Civil, en virtud del cual las adquisiciones por herencia son del haber del cónyuge heredero, artículo que se violó en razón de lo que en el mismo se dispone y de lo que resulta de autos.

b) Que "otra parte o tanto sobre el mismo avalúo se adjudicó a dicha señora por la compra del derecho herencial de sus medio hermanos; adquisición cuyo precio se dejó a cargo de ella sola y para ella, como se ha visto antes, y, por lo mismo, es firme su derecho a la exclusión de esa porción de la casa en el inventario de bienes de la sucesión de su esposo, y al no reconocerlo así, como está declarado en los documentos mencionados antes, se violó el inciso 3º del artículo 1795 del Código Civil, el inciso 2º del 1789 de allí, como se ha hecho presente anteriormente, y el artículo 765 ibídem que da a las adjudicaciones en juicio mortuorio el carácter de título traslaticio de dominio, y por lo mismo el de plena prueba de lo que en ellos se expresa, puesto que equivale a declaración de los propios interesados, pues no otra cosa significaría su aceptación de esos actos de partición, y los artículos 1759 y 1760 que, como los anteriores, dejaron de tenerse en cuenta y de aplicarse.

c) Que "respecto de la adjudiación en el mismo inmueble por el pago de deudas, y para reembolsar a dicha señora de las cantidades al efecto dadas por ella de sus propios dineros, como la anterior, así está reconocido en dicha partición y aceptado por el otro cónyuge, en cuya virtud debieron al respecto tenerse también en cuenta dichos artículos y aplicarlos; por consiguiente, al dejar de hacerlo, se violaron, y se violó también el artículo 1781 (inciso 5º), al tomar la adjudicación para la sociedad conyugal, sin ser el caso de este artículo, pues no todos los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso son de ella, toda vez que hay adquisiciones a este título que entran sólo en el haber del cónyuge adquirente, como se ha visto antes, y se violó también el artículo 253 de la Ley 105 de 1890, en cuanto mandan que no se incluyan en el inventario de bienes de la sucesión de una persona los bienes propios de su cónyuge, disposición en que con la del 1781 del Código Civil se apoya el referido fallo."

Se observa ante todo que estas acusaciones no están formuladas con arreglo a los preceptos legales, con la debida separación de los cargos y con indicación o resumen de los conceptos del Tribunal que las motivan, razón por la cual no es posible apreciar el cargo marcado con el numeral a). En cuanto al cargo que aquí se ha marcado con la letra b), la Corte se remite a lo que deja expuesto en los puntos que preceden, y lo mismo se dice en relación al cargo que aquí se ha marcado con la letra c), en que una vez más se basa la acusación en la infundada afirmación de que el dinero con que se pagaron las deudas de la sucesión de los padres de la demandante, era de propiedad de ésta.

Lo que viene dicho se hace extensivo a esta parte con que termina la demanda de casación, que tampoco se ajusta a los preceptos legales, y es de este tenor:

"El segundo punto de la mencionada sentencia, en cuanto limita al derecho herencial la exclusión demandada, debiendo ser comprensiva de toda la casa, como se ha visto antes, es igualmente materia de la casación interpuesta, porque con ello incurrió el Tribunal en los errores de hecho por errónea apreciación de pruebas y violación de disposiciones sustantivas antes, en especial de los artículos 1795, inciso 3º; 1789, inciso 2º; 1688, ordinal 4º; 765, inciso 4º; 1759; 1760, inciso 2º; 1781, ordinal 5º, a que se dio aplicación, sin ser del caso."

A la demanda de casación agrega el recurrente este otrosí:

"Que en la misma diligencia en que—como arriba se vio—la casa de que se trata fue denunciada e inventariada como perteneciente a la sucesión de Teodoro Quintero, el mismo denunciante 'hizo presente que ese bien era de la propiedad exclusiva de la señora Isabel Quintero de Quintero, viuda del causante,' y presentó el título correspondiente, razón por la cual agrega el recurrente: 'la casa quedó, pues, inventariada en manos de tercer poseedor, como lo manda el citado artículo (el 253 de la Ley 105 de 1890) para casos como el de que se trata, porque así se denunció y así se admitió esa denuncia.' "

Fundado en eso, el recurrente formula la siguiente acusación:

"El Tribunal en su fallo incurrió en error de hecho al tomar la casa por inventariada como de la sucesión, cuando en verdad se mencionó como de la señora Isabel Quintero de Quintero, viuda del causante; y la declaración de exclusión corresponde exactamente a la prueba que emana del inventario.

"Incurrió en error de derecho al dejar de apreciar en especial la más importante de las pruebas, o sea el inventario mismo, en la forma en que aparece, y por causa de esos errores incurrió en violación del citado artículo 253 de la Ley 105 de 1890, que en cuanto se refiere al derecho y garantía que allí se le dispensa, es disposición sustantiva, y los 762 y 789 del Código Civil."

Para desechar este cargo basta observar que si bien es cierto que el doctor Posse Camargo hizo la manifestación en la diligencia de inventarios, de que la casa de que se trata "es de propiedad exclusiva de la señora Isabel Quintero de Quintero, viuda del causante Teodoro Quintero," no se alegó, ni resulta de dicha diligencia, que la finca inventariada se hallara en manos de dicha señora; ni es exacto lo que afirma el recurrente, de que la casa quedara inventariada en manos de tercer poseedor.

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, declara: no hay lugar a casar la sentencia recurrida, dictada en este proceso por el Tribunal Superior de Buga, el veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

Se condena a la parte recurrente en las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Barranquilla el señor George Kniess, por medio de su apoderado doctor Domingo Trillos, demandó al señor Andrés Rodríguez Diago, en su carácter de cesionario de todos los bienes de don Ernesto Cortissoz y de los gananciales y herencia de doña Ester Rodríguez de Cortissoz, para que se le condenase a pagar lo siguiente:

"a) Los diez mil dólares ($ 10,000) que se dice fueron dados en préstamo por el señor Ernesto Cortissoz al señor Ernesto Alvarez Correa;

"b) Los intereses corrientes de estos diez mil dólares ($ 10,000), desde el primero de febrero de mil novecientos veinticuatro, en que con el resto de los cincuenta mil dólares ($ 50,000) debieron ser colocados en el Crédito Mercantil, en cumplimiento de la orden del señor Kniess, y según lo prometido por el señor Ernesto Cortissoz;

"c) Los siete mil seiscientos dólares ($ 7,600), resto de los trece mil dólares ($ 13,000) que el señor Ernesto Cortissoz dio en préstamo, sin orden de Kniess, al señor Francisco V. Laya, y que este señor no ha pagado a Kniess.

"d) Los intereses al quince por ciento anual de estos siete mil seiscientos dólares ($ 7,600) desde el primero de julio de mil novecientos veinticinco (fecha del último abono hecho por Laya a cuenta de su saldo de ocho mil dólares) o en subsidio, los intereses corrientes de los siete mil seiscientos dólares, desde la misma fecha del primero de febrero de mil novecientos veinticuatro, fecha de las cuentas rendidas por el señor E. Cortissoz al señor Kniess.

"e) Los ochocientos dólares ($ 800) por intereses atrasados que Laya quedó debiendo de la suma primitiva de trece mil dólares ($ 13,000); y

"f) Las costas y costos del presente juicio."

Fundó esta demanda en que el señor Ernesto Cortissoz como su apoderado, le quedó debiendo las sumas que expresa en la parte petitoria del libelo, y en que el señor Andrés Rodríguez Diago, como cesionario de todos los derechos de la sucesión de aquél y de los gananciales de la viuda del causante, debe responder de ellas.

El señor Rodríguez Diago se opuso a las pretensiones del actor, y seguido el juicio en la primera instancia, el Juez lo falló así:

"1º Condenar, como en efecto condena, al doctor Andrés Rodríguez Diago, a pagar dentro del término de los

seis días siguientes a la notificación de esta sentencia, al señor George Kniess, previa declaración de que a la sucesión de Ernesto Cortissoz se transmitió la obligación que don Ernesto tenía de restituir al señor Kniess, su dinero, más los intereses, lo siguiente:

"a) Los diez mil dólares que se dice fueron dados en préstamo por el señor Ernesto Cortissoz al señor Ernesto Correa.

"b) Los intereses corrientes de estos diez mil dólares desde el primero de febrero de mil novecientos veinticuatro hasta el día del pago.

"2º Absolver, como en efecto absuelve, al doctor Andrés Rodríguez Diago, de pagar al señor George Kniess lo siguiente:

"a) Los siete mil seiscientos dólares, resto de los trece mil dólares que el señor Ernesto Cortissoz dio en préstamo, sin orden de Kniess, al señor Francisco V. Laya, y que este señor no ha pagado a Kniess.

"b) Los intereses, ya sean los corrientes o al quince por ciento anual, de estos siete mil seiscientos dólares.

"c) Los ochocientos dólares por intereses atrasados que Laya quedó debiendo de la suma primitiva de trece mil dólares; y

"3º No se condena en costas."

El Tribunal de Barranquilla confirmó con costas la sentencia anterior.

Contra la del Tribunal, el personero del señor Andrés Rodríguez Diago interpuso recurso de casación que la Corte admite por reunir para el caso las prescripciones legales, y procede a resolver en el fondo.

El recurrente hace a la sentencia los siguientes cargos:

"1º Hubo violación directa del artículo 1008 del Código Civil, que cita el Tribunal, al decir que 'puesto que la señora viuda de Cortissoz vendió al señor Rodríguez los derechos herenciales suyos y de sus hijos en la sucesión de don Ernesto..., el cesionario, por tal hecho, asumió la calidad de heredero universal, puro y simple, de don Ernesto Costissoz; lo que quiere decir, no habiéndose estipulado condición ninguna para quedar como beneficiario, que sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones'; porque el cesionario de los derechos de los herederos, no sucede jamás al **de cujus** con el carácter de heredero universal, ni con ningún carácter; esa calidad no se adquiere por contrato, ni puede el heredero cederla, porque siendo ella inherente a su persona, no es cedible, y su cesión tendría objeto ilícito conforme al artículo 1521 del Código Civil. El título de heredero no se vende porque es de las cosas que no están en el comercio; y por consiguiente quien compra derechos hereditarios, no adquiere jamás calidad de heredero ni sucede al difunto, aunque, como veremos luégo, por el hecho de comprar **la expectativa** del heredero en los bienes sucesorales, corra el riesgo de perder o de ganar en la operación; esto no se discute.

"El carácter de heredero—sigue diciendo el recurrente—no se adquiere sino en la forma establecida en los artículos 1008, 1010 y 1041 del Código Civil; jamás por contrato; luego si el Tribunal estimó que el cesionario señor Rodríguez Diago asumió la calidad de heredero universal del difunto, sucediéndole en todos sus derechos y obligaciones, como verdadero heredero, para deducir de allí, como dedujo, que el referido cesionario señor Rodríguez Diago es responsable de las obligaciones de sus cedentes con relación a la herencia del señor Cortissoz, violó con ello directamente las disposiciones que he citado."

"2º Hubo error de derecho, expone el autor del recurso, y consiguientemente violación de la ley sustantiva en la apreciación de la prueba formada por la escritura número 312, de dos de febrero de mil novecientos veintiséis, por medio de la cual los herederos de Cortissoz cedieron sus derechos en la herencia del causante, por las mismas razones expuestas en el párrafo anterior y especialmente por las siguientes: la citada escritura debe correctamente interpretarse en el sentido de que habiendo el señor Rodríguez D. comprado a los herederos de Cortissoz sus derechos en la sucesión, él representaba los derechos de ellos en ella; pero sin asumir de ninguna manera el carácter—inasumible—de heredero; de ello se deduce una consecuencia muy importante: la de que Rodríguez no representaba ni podía representar al difunto; esta representación es indelegable por parte del heredero; y así, una vez concluído el proceso sucesorio del difunto, y aun dentro de ese proceso, los acreedores del difunto no tienen acción contra el cesionario, que no representa al **de cujus**, sino que deben siempre dirigirse contra el heredero, porque, como dice Pothier, la venta de los derechos herenciales no exonera al heredero de las obligaciones contraídas al aceptar la herencia, por lo que hace a la personería del difunto."

Si el Tribunal, pues, interpretó dicha prueba en otro sentido, o sea, en el de estimar que la venta en ella contenida colocaba a Rodríguez Diago en el puesto del heredero para todos los efectos, inclusive para el de asumir la personería de la sucesión, y aun del difunto frente a la demanda de sus acreedores, cometió error de derecho, violando así las disposiciones de los artículos 1008, 1010, 1041, 1155 y 1434 del Código Civil.

"3º Violación de los artículos del Código Civil citados en el punto anterior, por interpretación errónea, consistente en que se estimó que el carácter de heredero que esas disposiciones consagran pasa al cesionario de los derechos hereditarios, deduciendo de allí que éste puede ser demandado por los acreedores del difunto como si estuviera investido de su personería, concepto equivocado, porque el cesionario de una herencia no representa sino los derechos líquidos del heredero en ella, pero no más."

"La representación del heredero constituye un título que no es materia comercial, como no lo sería la de cónyuge, hijo, ascendiente, etc., etc.

"4º Hubo quebrantamiento, por interpretación indebida, del artículo 1967 del Código Civil, el cual establece que el que ceda a título oneroso un derecho de herencia o legado, sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o legatario. El Tribunal aplicó ese artículo—dice el autor del recurso,—para deducir que el cesionario está obligado a pagar en todo tiempo a los acreedores del difunto la obligación que se le cobra, desde luego que él, al comprar derechos hereditarios, compró una alea. Pero en concepto del recurrente, la disposición legal citada, si bien regula las relaciones entre cedente y cesionario, nada tiene que ver en el pleito que inicia contra la sucesión un tercero acreedor. La disposición tendría cabida perfecta en un reclamo que el cedente tuviera."

Considera la Corte que si el concepto del Tribunal fuera el que el recurrente le atribuye, esto es, que al vender un heredero los derechos que tiene en la sucesión, traspasa al cesionario su calidad de heredero, sería concluyente la acusación que precede, y la violación de los artículos de la ley civil que cita el autor del recurso; pero en el fondo la sentencia no hace otra cosa que afirmar que quien compra los derechos hereditarios en una sucesión, adquiere, respecto del acervo hereditario, los derechos y asume las cargas del heredero vendedor, esto es, le sustituye en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Es cierto que algunos pasajes de la sentencia pueden prestarse a los reparos que el recurrente señala, por ejemplo cuando dice:

"La señora viuda de Cortissoz vendió al señor Rodríguez los derechos herenciales suyos y de sus hijos en la sucesión de don Ernesto, respondiendo sólo de aquella calidad de herederos; y el cesionario, por lo tanto, asumió por tal hecho la calidad de heredero universal, puro y simple, de don Ernesto Cortissoz, lo que quiere decir, no habiéndose estipulado condición ninguna para quedar como beneficiario, que sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones."

Hay en el párrafo transcrito impropiedad en los términos, pues se dice que el cesionario asume la calidad de heredero universal, y que sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones; pero esta impropiedad no alcanza a constituír un motivo de casación, desde luego que, si en lugar de exponer el concepto en esa forma, se expresa que el cesionario adquiere todos los derechos y asume todas las responsabilidades que el heredero universal tiene en el haz hereditario, se llega al concepto justo, y a establecer la verdadera naturaleza de la cesión o venta de los derechos de herencia.

Baudry Lacantinerie precisa en los siguientes apartes citados por el opositor del recurso, la verdadera naturaleza de la cesión de derechos a una herencia:

"La venta o cesión de herencia, dice el jurisconsulto francés, es la convención por la cual un heredero cede a cambio de dinero la universalidad de los derechos pecuniarios que resultan para él de la apertura de la sucesión.

"No es su calidad de heredero la que el vendedor transmite por este contrato; esta calidad es personal e intransmisible; porque no puede depender del que es heredero, dar a otro su lugar en la familia y su grado de parentesco. **Lo que constituye el objeto de la venta es la masa de los bienes y de las deudas dejadas por el difunto, la universalidad de su patrimonio activo y pasivo, universum jus difuncti.** El heredero que ha vendido la herencia, sigue pues, siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indeleble sobre su cabeza; pero el emolumento que de ese título dependía, pasa al comprador." (B. L. Tomo XIX, número 869).

"Más adelante agrega:

"La definición que hemos dado antes de la cesión de la herencia, indica su naturaleza. El heredero cede todo el emolumento anexo a su calidad de heredero, es decir, todos los bienes que corresponden a la sucesión, **con cargo para el cesionario de tomar para sí todo el pasivo del difunto.** Esta transmisión hecha en bloque, imprime al contrato un carácter aleatorio." (Id., número 865).

"Cualesquiera que sean el número, la naturaleza y el valor de los objetos que componen la sucesión, poco importa. Es la sucesión misma la que ha sido vendida con la eventualidad de las ventajas que ella puede procurar. Por consiguiente, sea que la sucesión produzca un emolumento menor que el que el cesionario había calculado, sea que sufra la evicción de una o muchas cosas particulares que parecían formar parte de aquélla, sea que la sucesión se reduzca a nada, y aunque el pasivo exceda al activo, el cedente no está sometido a ningún recurso." (Id., número 888).

"El cesionario debe, por lo demás, **pagar todas las deudas de la sucesión, cumplir todas las obligaciones contraídas por el difunto con cargo a su patrimonio. Debe tomar el lugar pecuniario del cedente,** y soportar, como éste lo hubiera hecho, si no hubiera cedido sus derechos, todas las cargas que pesan sobre la herencia." (Id., número 893).

Por consiguiente, no puede alegar el cesionario de una herencia que él sólo compró los derechos y que no es responsable del pasivo, ya que la herencia es el conjunto de todos los derechos y obligaciones que el causante tenía al tiempo de su fallecimiento.

Con mucho acierto dice un comentarista del Código español, refiriéndose al artículo 1531 de ese cuerpo de leyes, igual en esencia al 1967 del nuestro:

"Lo esencial en este contrato es que la herencia está considerada como una universalidad, como un conjunto de derechos y obligaciones, pues imponiendo la calidad de heredero determinados deberes al propio tiempo que contiene los derechos de sucesor, todo ello se entiende transmitido por el acto de la cesión al cesionario. De aquí que la transmisión del dominio de la herencia no tenga por **modo** la tradición o entrega de las cosas de que se compone, sino la cuasi tradición del derecho hereditario, que es propiamente el objeto de la venta."

Otra cosa es que los acreedores de la herencia puedan dirigirse, si lo tienen a bien, contra el heredero cedente de sus derechos hereditarios para que responda de sus créditos; pero pueden hacerlo contra el cesionario que, como se ha dicho, sustituye al heredero vendedor en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, sin asumir por ello la calidad de heredero.

El señor Andrés Rodríguez Diago, cesionario a título universal de los derechos hereditarios de los sucesores del señor Cortissoz, no puede rehuír las cargas que pesaban sobre la herencia, pues aunque no tiene la calidad de heredero, que, como se ha visto, es intrasmisible, sí sustituyó a los herederos en los derechos y obligaciones de la herencia.

Y si el Tribunal lo reconoció así, aunque el razonamiento puede pecar de impreciso, no ha habido violación de los artículos de la ley civil que el recurrente apunta.

Hubo violación directa, dice el recurrente, del artículo 1494 del Código Civil, "que dice cómo nacen las obligaciones, y en el cual se fundó el Tribunal para imponer al señor Rodríguez Diago la obligación de pagar al acreedor la deuda que éste reclama contra el difunto. Tal obligación, que el Tribunal adscribe al cesionario, carece de causa. En efecto, para que ella existiera, sería preciso, fundamentalmente, que por alguno de los medios establecidos en el artículo 1494, la hubiese contraído el señor Rodríguez D., incluyendo entre esos medios la ley, como lo quiere el Tribunal. Pero ello no es así."

El Tribunal confunde lamentablemente las cosas: el cesionario, que de ninguna manera continúa la persona del de cujus, representa, eso sí, a la persona de su cedente en relación con los derechos que ha comprado; de modo que así como el heredero, mientras la sucesión está abierta, soporta todas las deducciones que recaen sobre el haber hereditario, el cesionario a su vez—que mientras no se dicte sentencia de partición y adjudicación de bienes no tiene sino un derecho abstracto sobre la sucesión,—está obligado a soportar todas las deducciones que recaigan sobre la herencia; con una diferencia esencial e importantísima: que terminado el juicio sucesorio, el derecho del cesionario ha dejado de ser un derecho abstracto sobre la sucesión, para convertirse en un derecho concreto sobre determinados bienes; por esa razón su título de cesionario desaparece entonces, y el que tiene sobre los bienes recibidos, dimana exclusivamente de la sentencia de partición y de su hijuela. El heredero, por el contrario, sigue conservando su carácter aun después de haber adjudicado los bienes al cesionario, y de desvincularse éste, por fuerza de su nuevo título, de la sucesión."

Esto tiene por consecuencia, sigue diciendo el recurrente, que si algún acreedor tiene algo qué reclamar de la sucesión, debe dirigirse al representante nato de aquélla, que es el heredero; o debe pedir la nulidad de la partición para retrotraerla al estado de universalidad, y hacer que su crédito se incorpore al acervo sucesorio; sólo de este último modo podría afectar al cesionario.

"Pero de ningún modo, dice el recurrente, puede el acreedor, sin anular la partición, y la adjudicación que se le ha hecho de los bienes al cesionario, demandar a éste para obligarlo al pago de su crédito; porque desde que la universalidad de derecho cesó por la adjudicación, el título que él tiene sobre los bienes sucesorales lo ampara contra los acreedores de la sucesión, quienes deben dirigirse al heredero en todo caso. La sentencia de partición y adjudicación forma para el cesionario un título nuevo, perfecto: es la cosa juzgada."

"Por lo tanto la obligación que el Tribunal, diciendo fundarse en el artículo 1494, pretende echar sobre el cesionario señor Rodríguez Diago, no tiene ninguno de los fundamentos de ese artículo, y por consiguiente el fallo que la decreta es violatorio de esa disposición."

El Tribunal incurrió en error de hecho evidente, sigue diciendo el autor del recurso, y violó por tanto la ley sustantiva al desconocer, como desconoció, la eficacia de la escritura pública número 914, de quince de mayo de mil novecientos veintiséis, y consiguientemente de la sentencia en ella contenida, proferida por el Juzgado 3º del Circuito de Barranquilla, en el juicio de sucesión del señor Ernesto Cortissoz, fallo por el cual adjudicó al señor Rodríguez-Diago determinados bienes remanentes de la citada sucesión."

"Para poder echar sobre el señor Rodríguez, como cesionario de los derechos herenciales, la obligación de pagar una deuda que se cobra a la sucesión, habría sido necesario que se demostrara que el juicio sucesorio no había concluído, es decir, que todavía el cesionario no había cambiado su título abstracto sobre la herencia, por el título de dominio en concreto sobre determinados bienes de ella. El Tribunal tuvo que pasar por alto el título a que me refiero para poder estimar que Rodríguez estaba obligado a deducir del haber sucesoral la acreencia del Profesor Kniess, en el supuesto de que ella debiera ser cubierta por la sucesión. Porque habiendo en el expediente ese título traslaticio de dominio, que desvincula perfectamente a Rodríguez de la sucesión, tal demanda contra Rodríguez ni tal condena se justifican."

Este motivo tiene, pues, dos aspectos, y por ambos lo presento como motivo de casación; error de hecho al no darle a esa escritura y su contenido el valor que la ley le asigna, con lo cual se violaron los artículos 673, 740, 756, 757, 758, 765, inciso 4º; 1400, 1401, 1757, 1758, 1759, 1765, 2577 y 2576 del Código Civil."

"El otro aspecto es el de no haber tenido en cuenta siquiera el Tribunal como prueba el título referido, lo cual, por sí sólo, desde luégo que dio lugar al fallo condenatorio, constituye un motivo de casación, según la jurisprudencia constante de la Corte."

Considera la Corte que los derechos y obligaciones del cesionario nacen del contrato de venta de los derechos hereditarios. Dice con razón el comentador de nuestro Código Civil, doctor Fernando Vélez, que entre contratantes "prácticamente el cesionario queda con el carácter de asignatario desde el día en que se abre la sucesión," y si esto es así, como lo dice el docto comentador del Código Civil colombiano, si el objeto de la venta es el derecho de herencia, aunque no se transmite la calidad de heredero, es obvio que el cesionario tiene en la herencia los mismos derechos de su vendedor y está sujeto a las mismas cargas.

Seguida la sucesión, si al cesionario no le han adjudicado todos los bienes de la herencia, puede, mediante un inventario adicional, o por cualquier otra vía, recoger los bienes que a la herencia pertenecen, pues la representa en virtud de la cesión, y no podría argüirse, que por el hecho de haberse verificado la partición de los bienes inventariados, pierde el cesionario su derecho a perseguir los demás bienes de la herencia, entre otros los créditos a favor de ésta; y lo mismo puede decirse de las deudas. Si los acreedores no logran hacer incluír en los inventarios sus créditos contra la sucesión, caso en el cual conviene el recurrente en que debe pagarlos el cesionario, no por ello queda éste exento de la obligación de cubrirlos, desde luégo que si por el registro de la partición pasan los bienes partidos por título traslaticio de dominio exclusivo al adjudicatario, es lo cierto que el cesionario de toda la herencia no pierde su condición de representante de ella en todo lo que constituye el haz hereditario, que bien puede, por cualquier circunstancia, no estar completamente comprendido en la partición, o apenas en una mínima parte.

En consecuencia no han sido violados los artículos del Código Civil que el recurrente señala, ni ha incurrido el sentenciador en errónea interpretación de la escritura que contiene la partición, por haberse decretado el cumplimiento de una obligación, que sobre la sucesión pesaba, contra el cesionario de todas los derechos de la herencia.

Estima el recurrente que en el juicio no hay prueba suficiente para llegar a la conclusión de que el señor Cortissoz fuera deudor de la suma que cobra el Profesor Kniess, y es de concepto que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas sobre la existencia de la deuda.

El sentenciador, para deducir la obligación de Cortissoz en favor de Kniess, hace el siguiente razonamiento:

"La carta, pasada por el señor Ernesto Cortissoz en alemán al profesor doctor G. Kniess, en dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, que original y traducida oficialmente a castellano corre en los autos, reza en lo pertinente, así:

. . . . . .

"Adjunta le envío una relación de los depósitos y me permito darle algunas explicaciones al respecto. Como usted seguramente recordará, he puesto al principio, en todo, cuatro depósitos a término, de a mil pesos cada uno, al ocho por ciento; después se convino en depositar la suma por cuatro años, al nueve por ciento, lo que se hizo el primero de diciembre de mil novecientos veintidós. Para nosotros es mucho mejor, siendo esta la fecha del acostumbrado balance semestral, liquidar sus intereses hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintitrés. Así lo he hecho yo, con excepción de cuatro mil pesos que vencen el veinticuatro de diciembre, para seguir con la misma fecha. Para que queden ahora aquí justamente cincuenta mil pesos, he rebajado el certificado de los cuatro mil pesos a dos mil quinientos pesos, siempre abonándoles el nueve por ciento...."

El demandado, señor Andrés Rodríguez Diago, en carta de once de abril de mil novecientos veinticinco, dirigida al señor W. Krische, Gerente del Banco Alemán Antioqueño, de esta ciudad, se expresa así:

"En respuesta a la atenta carta de usted, fecha ocho de los corrientes, que tengo a la vista, y de cuyos particulares he quedado debidamente impuesto, en confirmación a lo que ya habíamos hablado en relación con los asuntos encomendados por el profesor Gustav Kniess, de Gonzenheim, Alemania, actualmente con residencia en Santos, Estado de Sao Paulo, el finado señor Ernesto Cortissoz, de cuya sucesión he sido nombrado apoderado, por la señora viuda, vengo con mucho gusto a suministrar a usted, en su carácter de apoderado legal y general del Profesor Kniess, de conformidad con su atenta comunicación del ocho del presente, a que con gusto me refiero, los siguientes informes para lo de su resorte:

"Saldo a favor del profesor Kniess, el dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, según cuentas pasadas por don Ernesto, confirmadas además por el profesor Kniess en carta que me dirigió con fecha diez y nueve de octubre del año pasado, cuyas sumas las entregaba a don Ernesto al nueve por ciento de interés al año, cincuenta mil pesos oro americano. . . . . .$ 50,000 ..

"Para colocar a los siguientes vencimientos:

"Para el treinta de abril de mil novecientos veintiséis. . . . . .$ 14,000 ..

"Para el diez y seis de febrero de mil novecientos veintisiete. . . . . 29,000 ..

"Para el dos de julio de mil novecientos veintisiete. . . . . 4,500 ..

"Para el veintinueve de diciembre de mil novecientos veintisiete. . . . . 2,500 ..

"Total. . . . . .$ 50,000 ..

"Remesándole en septiembre de mil novecientos veinticuatro una letra del Commercial Bank of Spanish America Ltd., número 2043, sobre New York, por la cantidad de cinco mil pesos . . . . . .$ 5,000 ..

"Cuarenta y cinco mil pesos, saldo a su favor. . . . . 45,000 ..

"Esta suma estaba colocada antes de la muerte de don Ernesto, de la manera siguiente:

"En un documento de fecha treinta de diciembre de mil novecientos veintiuno, a cargo del señor don Samuel Pinedo Jr., de Santa Marta, al uno por ciento de interés mensual, vencido el treinta de junio de mil novecientos veintidós. . . . . .$ 1,000 ..

"En un documento de fecha veintiocho de febrero del año de mil novecientos veintitrés, a cargo del señor Angel M. Palma, de esta ciudad, a la rata de interés del uno y cuarto por ciento mensual, vencido el veintinueve de febrero de mil novecientos veinticuatro, por la suma de diez mil pesos oro americano. . . . . 10,000 ..

"En un documento a cargo del señor Francisco V. Laya, de esta ciudad, por la suma de $ 13,000, de cuya suma abonó en junio de mil novecientos veinticuatro, la cantidad de $ 5,000, que fueron remesados en septiembre al profesor Kniess, en la letra ya expresada arriba, girada expresamente a favor del profesor Kniess. . . . . 5,000 ..

Saldo. . . . . .$ 8,000 ..

"Según documento de fecha tres de septiembre de mil novecientos veinticuatro, suscrito por el apoderado del señor Laya, don Gilberto Méndez, para el quince de noviembre de mil novecientos veinticuatro. . . . . 8,000 .. a la rata de interés del uno y medio por ciento mensual.

"Suma en poder del señor Ernesto Alvarez Correa, de esta ciudad, por la cual no tengo en mi poder ningún documento, la cantidad de diez mil pesos. . . . . 10,000 ..

"En poder del Crédito Mercantil de esta ciudad, en liquidación, de la cual tampoco tengo documento alguno, catorce mil quinientos, y mil quinientos, total, diez y seis mil pesos. . 16,000 ..

Total, oro americano. . . . . .$ 45,000 ..

"Posteriormente, en carta fechada el primero de agosto de mil novecientos veinticinco, el mismo demandado, señor Andrés Rodríguez Diago, dijo también al Banco Alemán Antioqueño lo siguiente:

. . . . . .

'Me refiero a la atenta carta de ustedes, fecha diez y ocho del presente, que tengo a la vista, por medio de la cual se sirven informarme la determinación que han tomado, de localizar definitivamente sobre la sucesión que represento, del finado Ernesto Cortissoz, q. e. p. d., toda la responsabilidad del saldo de $ 11,500, que resulta pendiente a favor del señor G. Kniess, después de haber reconocido la Superintendencia Bancaria, encargada de la liquidación de la firma Cortissoz & Correa y Compañía, como parte de la reclamación que ustedes le hicie-

ron por la suma de $ 26,000, la sola cantidad de $ 14,500, por ser ésta la única que encontraron anotada en los libros de la expresada firma, y cuya determinación ha sido tomada por ustedes, no obstante lo que tanto el suscrito como también la misma Superintendencia, manifestaron a usted que de esa suma de $ 11,500, solamente $ 1,500 debían ser de cargo de la sucesión que represento, y el resto, o sea la cantidad de $ 10,000, a cargo del señor Ernesto Alvarez Correa, de acuerdo con una obligación que existe a su cargo, según se ha informado, pero cuyo documento no he podido conseguir hasta ahora para ponerlo en manos de ustedes, como lo hice con todo lo demás, representativos del saldo total de $ 50,000, a favor del señor Kniess, y por cuenta del cual, como tuve ocasión de informarles, le hice una remesa directa de $ 5,000 en el mes de septiembre de 1924, por medio de la letra número 2043, girada por el Commercial Bank of Spanish America Ltd., sobre New York, a favor del mismo señor Kniess, siendo, por consiguiente, de $ 45,000 el saldo neto a favor de dicho señor, hoy representado por ustedes."

"Ahora bien: el finado señor Cortissoz, por orden y recomendación del señor Kniess, y en su condición de Gerente del Crédito Mercantil, colocó al interés por mediación de dicha institución, los fondos que le tenía recibidos para tal objeto, en la forma en que di a ustedes cuenta por medio de mi carta de once de abril pasado, y el señor Kniess, en carta para don Ernesto, le expresó su conformidad sobre la colocación de dichos fondos, de manera que tanto esta circunstancia como el hecho de existir los pagarés expedidos directamente a favor del señor Kniess, corroboran la simple condición de recomendado de que estaba investido el señor Cortissoz por parte del señor Kniess, para colocar esos fondos suyos, y esta condición releva a la sucesión de toda responsabilidad que ustedes han determinado declinar sobre ella, con respecto a los dichos $ 10,000 que muy bien se sabe son de cargo de don Ernesto Alvarez Correa, así como también los intereses correspondientes desde la fecha en que se constituyó la obligación, la que no dudo reconocerá a ustedes si insisten en ello, por el camino franco que tienen expedito para conseguirlo, con mayor razón por cuanto ya don Enrique, padre de don Ernesto Alvarez Correa, le manifestó a su muy estimable señor Trillos, cuando tuvieron la entrevista de que he tenido conocimiento, que la expresada suma de $ 10,000 la debía su hijo Ernesto no al señor Kniess, sino a la sucesión del señor Cortissoz, a quien tenía que hacer algún reclamo, el cual, aunque tuviera que hacerlo, nada tendría que ver con la deuda de su hijo a favor del señor Kniess, porque éste sería asunto de orden enteramente distinto. El señor Alvarez Correa tiene perfecto conocimiento de que ese dinero pertenece al señor Kniess, y yo espero que así lo reconocerá.

"Ustedes tienen o deben tener la documentación que comprueba que el señor Ernesto Cortissoz no era sino un mandatario del señor Kniess, y que el dinero lo colocó a interés de acuerdo con instrucciones conferidas por dicho señor. A más de esto deben tener en cuenta que la sucesión no tiene bienes, de manera que ninguna ventaja obtendría el señor Kniess con relevar de la obligación al deudor señor Correa para tratar de cobrarla a una sucesión que no debe la suma ni tendría con qué pagarla en el supuesto erróneo de que fuera deudor.

"Conviene decir aquí que las firmas de estas últimas cartas han sido honrada y legalmente reconocidas por su autor, señor don Andrés Rodríguez D., como autógrafas; y que la firma que dice 'E. Cortissoz,' puesta al pie de la carta dirigida en alemán al profesor Kniess, el dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, dice la viuda de don Ernesto Cortissoz que fue puesta de su esposo, y don Andrés Rodríguez, el demandado, también aseguró que era aquella la firma de don Ernesto Cortissoz. A más de esto, un cotejo de firmas pedido por el demandante, dio por resultado que sí fue la misma mano que estampó varias veces la firma de don Ernesto Cortissoz en escrituras públicas que reposan en el protocolo de la Notaría segunda, la que puso E. Cortissoz para suscribir la mencionada carta.

"Fuera de duda está, pues, el hecho de que don Ernesto Cortissoz manejó fondos del profesor Kniess, y que el saldo que le quedó en su poder fue de cincuenta mil pesos oro americano, suma dentro de la cual figuran los diez mil dólares de la interrogación arriba expuesta. Esos diez mil dólares, que siendo parte del dinero del profesor Kniess, entregó en préstamo don Ernesto Cortissoz a don Ernesto Alvarez Correa, dinero del cual no aparece comprobante, es justamente la cantidad de que trata la condena de la sentencia, y sus intereses desde la fecha determinada hasta que el pago se verifique, son los intereses de que habla la condena."

Dice el recurrente que fuera de la carta de dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, no existe documento alguno de Cortissoz que haga suponer que él era mandatario del profesor Kniess, y si alguna duda deja esa carta, ella se desvanece comparando su contenido y el de los anexos de ella con la escritura pública en que consta el certificado expedido por el Notario primero de Barranquilla, el día treinta y uno de octubre de mil novecientos veintisiete, con que se prueba la existencia del poder conferido por la señora Wolff de Kniess, esposa del profesor, para que se vendieran unas casas y le administrara unos fondos, que son precisamente los mismos de que trata la carta de dos de febrero y la relación que la acompaña.

Sigue diciendo el recurrente:

"La obligación que Kniess personalmente cobra a Cortissoz, tiene que tener una causa, pues de otro modo no tendría razón de ser. Y esa causa, según dice Kniess, es la expresada en el hecho primero de su demanda, que dice:

"1° Mi poderdante, señor Georg Kniess, era dueño de varias propiedades inmuebles situadas en Barranquilla, las cuales fueron vendidas por el finado señor Ernesto Cortissoz; y agrega:

"2° El precio de tales propiedades, etc., etc...

"De modo que al actor le correspondía probar ante todo la verdad de esos hechos, tan sustanciales, que sin ellos la obligación que reclama carecería de causa. Y no sólo no aparece en el expediente prueba alguna de esos hechos, sino que las hay que contradicen esas afirmaciones, como lo son el poder de la señora de Kniess a Cortissoz y la relación de depósitos en que se discriminan los orígenes de las sumas de que habla Cortissoz.

"El demandante, conforme al artículo 292 del Código Judicial, debe probar que su derecho es correlativo de la obligación del demandado; tal es la esencia de la deman-

da. Pero aquí no ha sucedido eso: Kniess no pudo probar, ni que Cortissoz fuera su mandatario, ni que los dineros de que él le daba cuenta fueran de Kniess. Obsérvese, por el contrario, la relación de depósitos anexa a la carta de dos de febrero, y compárese con el contenido del poder de la señora de Kniess; la totalidad de los depósitos proviene de la venta de las casas de las calles de Jesús y El Banco, que eran **bienes propios** de la señora de Kniess, como que fueron adquiridos por **donación**, según consta del poder mencionado. (Artículos 1782 y 1810 del Código Civil)."

Las pruebas del expediente son, pues, clarísimas para demostrar:

"1º Que las casas de cuya venta provienen los cincuenta mil pesos, no eran del demandante, sino bienes propios de su mujer.

"2º Que Cortissoz era mandatario de la señora de Kniess, pero no del demandante, quien actúa en su propio nombre.

"De donde se deduce que si el Tribunal estimó que 'fuera de duda está que don Ernesto Cortissoz adeudaba esa suma al profesor Kniess,' cometió error de hecho en la apreciación de las pruebas de que he hablado, no sólo de las que tuvo en cuenta, como la carta y anexos de mil novecientos veinticuatro, sino de las que pasó por alto, como el poder de la señora Sybilla de Kniess y los detalles de la relación en que se consigna el origen de la suma de $ 50,000 referida.

"Resultado de ese error ha sido,—aparte de condenar al cesionario de los herederos de Cortissoz a pagar una suma que ni el mismo Cortissoz debía a Kniess, aunque sí es verosímil que la debiera a su esposa,—el de entregar a Kniess dineros que sólo a la señora de Kniess podrían pertenecer. Fraude inmenso que no agradecerán a los Jueces colombianos los hijos de la citada señora!

"El Tribunal, por lo tanto, con el error cometido desconoció las relaciones legales existentes entre la señora de Kniess y Cortissoz, relaciones puestas de presente por el demandado señor Rodríguez, desde el comienzo del juicio; condenó a Cortissoz a pagar una suma que si la debe no es al profesor Kniess, sino a su mujer legítima; admitió a Kniess como legítimo dueño de bienes que no probó le hubieran jamás pertenecido, y, por consecuencia de todo lo anterior, condenó, como he dicho, al cesionario de los herederos de Cortissoz, a pagar una suma que no le corresponde cancelar, por las múltiples razones que he expuesto anteriormente.

"Con esa insólita conducta, el Tribunal violó las disposiciones siguientes: artículos 669, 1494, 1502, 1524, 1602, 1622, 1626, 1627, 1634, 1635, 1757, 1758, 1759, 1782, 1810, 2142, 2149 y 2166 del Código Civil."

Arguye que incurrió también el Tribunal en error de derecho al estimar, como estimó, que Cortissoz era mandatario de Kniess por el hecho de que en su carta de dos de febrero de mil novecientos veinticuatro y en relación anexa, pasada a éste último, seguramente como marido de su poderdante, el dato de los dineros provenientes de las casas vendidas y depósitos en el Crédito Mercantil. No puede entenderse que hay mandato sino por circunstancias irrefutables como las que enumera el artículo 2149 del Código Civil, y porque se pruebe la relación legal que forma el mandato, por hechos que no dejen duda, pero de ninguna manera por medio de presunciones equivocadas ni por el hecho de que el mandatario se dirija al marido de su poderdante, siendo así que entre ellos el mandato no tendría causa por no versar sobre objetos propios del mandante supuesto.

El mismo error de derecho cometió el Tribunal, concluye el recurrente, al estimar como prueba del carácter de mandatario de Kniess que asegura tenía Cortissoz, las declaraciones verbales o escritas de Rodríguez Diago o de la esposa de Cortissoz, porque estos testimonios no prueban el mandato ni tienen otro valor que el de simples aseveraciones de terceros respecto a relaciones existentes entre Cortissoz y otras personas. Aparte de esto, no está demostrado que Rodríguez Diago fuera en realidad apoderado de la sucesión para que hablara en nombre de ella con fuerza legal.

El Tribunal cita entre comillas esos testimonios como prueba de las relaciones existentes y de las obligaciones de Cortissoz con Kniess; luego incurrió en error de derecho al darles ese valor, y yerra por haberle reconocido fuerza legal a la escritura que contiene el poder de la señora Kniess a Cortissoz, para establecer el contrato de mandato celebrado entre ellos.

Considera la Corte que toda la argumentación anterior se contrae a impugnar el carácter de mandatario, reconocido por el Tribunal, que tenía el señor Ernesto Cortissoz respecto del profesor Kniess para manejarle una suma de dinero de propiedad del último. Dice el autor del recurso que más bien aparece comprobado que fuera apoderado de la señora esposa del profesor, y llega a convenir en que es verosímil que la suma que se cobra en este juicio, la debiera Cortissoz a dicha señora; pero en presencia de la carta de fecha dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, escrita en alemán por el señor Cortissoz al profesor Kniess, cuya traducción obra en el expediente, no puede asegurarse que el Tribunal incurriera en el error de hecho evidente que se le atribuye. En efecto, en dicho documento el señor Cortissoz le da cuenta a Kniess de la colocación de los dineros de propiedad de éste que el primero manejaba, le remite cheques por intereses, le dice que para que queden justamente los cincuenta mil pesos ha rebajado el certificado de los cuatro mil a dos mil quinientos, siempre abonándole el nueve por ciento; le avisa que la suma que pasa de cincuenta mil pesos, o sea la de seis mil ochocientos noventa y dos pesos con dos centavos ($ 6,892-02) va en varios cheques que enumera, y le manda una liquidación del Crédito Mercantil, que dicha institución encabeza así: **"Relación de los depósitos que tiene a su cargo por orden del profesor G. Kniess el señor Cortissoz."** Ante esta prueba no puede afirmarse que el señor Cortissoz era mandatario de la señora Wolff de Kniess y no del profesor Kniess, ni mucho menos que incurriera el Tribunal en error evidente de hecho, por no haber estimado que era aquella señora la mandante y no su marido.

Dice el autor del recurso que en la hipótesis de que Cortissoz hubiera sido en verdad apoderado de Kniess y le hubiera quedado debiendo la suma que en este juicio se reclama, al morir Cortissoz se entiende esa obligación ya no existente, por las siguientes razones:

"El artículo 2142 del Código Civil establece que el mandatario obra por cuenta y riesgo del mandante; y el 2186 dice que si el mandatario se excede de sus facultades, debe al mandante el perjuicio, salvo que éste ratifique

lo hecho por aquél. Y eso precisamente sucedió en este caso."

"El Banco Alemán Antioqueño, apoderado general de Kniess, pidió a Rodríguez Diago como representante de la sucesión de Cortissoz (obsérvese que en esta época Rodríguez no era todavía cesionario de los derechos de Cortissoz), que le rindiera cuentas del manejo de los fondos de Kniess por Cortissoz; así lo hizo Rodríguez Diago y de esa relación se desprende el saldo de $ 10,000 a que el fallo lo condena. La citada actuación consta en la carta de Rodríguez para el Banco, de fecha once de abril de mil novecientos veinticinco, de la cual acusa recibo el Banco, no manifestando inconformidad alguna, en carta de fecha quince; al día siguiente insiste el Banco sobre el contenido de las cuentas, y lejos de disentir de Rodríguez en ellas, manifiesta su conformidad tácita, solicitando de éste le ayude a arreglar los asuntos pendientes.

"Hubo, pues, verdadera ratificación, más que tácita, expresa, de lo hecho por Cortissoz al dar en préstamo a Correa los referidos diez mil pesos; y siendo así, la obligación supuesta de Cortissoz con su supuesto mandante, de haber existido antes de esas dos fechas, se anuló por la ratificación de Kniess."

"Más aún, consta en diversas partes del juicio que el Banco, posteriormente a la fecha en que se le rindieron cuentas, hizo diligencias con Correa y con el padre de éste para obtener el pago de la deuda; el poder de Kniess al Banco, lo acredita para cobrar esas acreencias, y aunque no nombre a Correa, tácitamente lo designa en la expresión y **otros** que emplea, desde luégo que Correa es el único que falta entre todos los deudores que nombra Kniess en el mandato.

"No habiendo el Tribunal estimado esas pruebas de la ratificación, incurrió en error de hecho que lo indujo a violar las disposiciones de los artículos 2142, 2181, 2186, del Código Civil."

A este reparo, basta observar que en las cuentas rendidas al señor Krische, Gerente del Banco Alemán Antioqueño, y mandatario del señor Kniess, por el señor Andrés Rodríguez Diago, en su condición de apoderado de la sucesión de don Ernesto Costissoz, se hace una relación de los dineros de Kniess que el señor Costissoz manejaba. Allí se lee:

"Saldo a favor del profesor Kniess el diez de febrero de mil novecientos veinticuatro, según cuentas pasadas por don Ernesto, y confirmadas por el profesor Kniess en carta que me dirigió con fecha diez y nueve de octubre del año pasado, cuyas sumas las entregaba a don Ernesto, al nueve por ciento de interés al año, cincuenta mil pesos ($ 50,000) oro americano."

Luégo se hace una relación de las distintas personas en cuyo poder estaban esos fondos dados en préstamo por Cortissoz, y remite los documentos al señor Krische.

Respecto a los diez mil pesos objeto de la controversia, dice el doctor Rodríguez Diago:

"Suma en poder del señor Ernesto Alvarez Correa, de esta ciudad, por la cual no tengo en mi poder ningún documento, la cantidad de diez mil pesos."

El apoderado de Kniess aceptó los documentos de las sumas de propiedad de éste, impuestas a interés por el señor Cortissoz, hasta por la cantidad de treinta y cinco mil pesos, pero respecto de los diez mil que el señor Rodríguez Diago dijo habían sido dados a Alvarez Correa, manifestó que habiendo negado la deuda el padre del señor Alvarez Correa, y no existiendo ningún documento que la acredite, no relevaba de responsabilidad sobre esa suma a la sucesión (Véase la carta de Walther Krische a Rodríguez Diago, folio 33 del cuaderno 1°).

Lejos, pues, de haber ratificación, hubo manifestación expresa en contrario.

Expone el recurrente que "persistiendo en la hipótesis de que Cortissoz debiera en efecto a Kniess la suma de $ 10,000, materia de este juicio, el Tribunal cometió **error de hecho** evidente en la estimación de las pruebas que le sirvieron para condenar al demandado a pagar intereses corrientes, siendo así que en aquel supuesto existiendo entre Cortissoz y Kniess estipulaciones de intereses distintos, debió ser condenado Cortissoz o el cesionario a éstos, siempre en el supuesto de que el cesionario pudiera alguna vez ser condenado a algo.

"Por otra parte, tal condena de intereses desde el dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, viola directamente, y por error de hecho también, el artículo 2182 del Código Civil, que estatuye que el mandatario no está obligado a pagar al mandante los intereses del saldo a su cargo, **sino desde que haya sido constituído en mora**; precisamente por el hecho de rendir las cuentas, el mandatario se exhonera de la mora. **(Jurisprudencia de la Corte Suprema**, tomo III, número 3463)."

"El Tribunal, pues, al no tener en cuenta, o al apreciar equivocadamente la carta de dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, así como la relación anexa, en que se establece claramente cuales eran los intereses que devengaban los depósitos de Kniess en poder del Banco, condenando por ese error o esa deficiencia a Cortissoz o al cesionario a pagar intereses distintos, cometió error de hecho evidente; y al estimar que debía condenarle al pago de intereses desde el dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, siendo así que no podía serle sino desde que se constituyera en mora, cometió error de derecho y a la vez violación directa de la ley sustantiva (artículo 2181 del Código Civil), con todo lo cual violó las disposiciones de los artículos 1602, 1603, 1617, 1626 y el citado 2182 del referido Código."

Considera la Corte que habiendo sido la carta que el señor Cortissoz dirigió a Kniess el dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, la base para demostrar el contrato de mandato celebrado entre estos dos señores, corroborada luégo por la relación que hizo el señor Rodríguez Diago, no puede el sentenciador apartarse de las estipulaciones que de tales documentos se desprenden, y por lo mismo hubo error de hecho al desestimar esa carta en lo relativo a intereses que según ella fueron fijados en el 9 por 100 anual, y como consecuencia fueron quebrantados los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, señalados por el recurrente, pues que el contrato es la ley que rige los derechos y las obligaciones de los contratantes. El Tribunal, al confirmar la sentencia de primera instancia, que condenó a pagar intereses corrientes, desoyó los términos del contrato, demostrado, como se ha dicho, por la carta del señor Cortissoz al profesor Kniess.

En este punto debe casarse la sentencia, pues hay que estar a la única prueba sobre tasa de intereses, que fue del 9 por 100 anual.

Respecto de la fecha desde la cual deben abonarse los intereses, si se tiene en cuenta que el mandato consistió en la colocación de dinero a interés, es evidente que la sucesión de Cortissoz los debe desde que dejan de pagarse, y no hay constancia de que después del dos de febrero de mil novecientos veinticuatro, fecha de la carta del señor Cortissoz al señor Kniess, que ha sido la única base de la condenación, se haya cubierto suma alguna al respecto.

Estima el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 542 y 543 del Código Judicial, y 1757 del Código Civil, relativos a la carga de la prueba, por haber condenado al demandado en los términos de la demanda, sin que el actor hubiera probado la causa de ella.

Pero a esto basta observar que en otro aparte de la sentencia se estudió ya la prueba en que se fundó el Tribunal para condenar, y se halló con la solidez necesaria para sustentar la sentencia.

Por último alega el recurrente que el Tribunal incurrió en la segunda causal de casación por no haber fallado sobre las excepciones perentorias de falta de acción y petición de un modo indebido, alegadas oportunamente en ambas instancias del juicio.

Considera la Corte que como estas excepciones consisten en que el cesionario de una herencia no es responsable de las deudas del causante, sobre todo después que se ha liquidado la sucesión, esta cuestión fue tratada a espacio en la sentencia del Juez, que fue confirmada por el Tribunal, y por éste en un largo razonamiento de su fallo.

Dijo el Juez:

"Sentado esto, el Juzgado pasa a resolver las excepciones perentorias propuestas por el apoderado de la parte demandada en el escrito de contestación a la demanda. Estas excepciones son falta de acción para pedir y petición de un modo indebido."

"Puede aseverarse que ellas han sido resueltas en el cuerpo del fallo, una vez que se ha condenado al demandado por considerar el Juzgado que sí existía, y la forma como se hizo es una de las que nuestra ley señala para reclamar un derecho. Quedan de este modo resueltas esas excepciones teniendo como razones las mismas expuestas en la parte motiva de esta sentencia."

La Corte, en jurisprudencia constante, ha dicho:

"No es incongruente por defecto la sentencia que, reconociendo la acción del demandante, falla implícitamente las excepciones propuestas por el demandado. Es decir, cuando las analiza en la parte motiva, e implícitamente las niega en la resolutiva al condenarlo." (Sentencia de treinta de agosto de mil novecientos veinte, tomo 28, página 3ª).

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el diez y ocho de octubre de mil novecientos treinta, en cuanto confirma la del Juez que condena, en el párrafo b) del punto 1º de la sentencia, al doctor Andrés Rodríguez Diago, a pagar los intereses corrientes de los diez mil dólares a que se refiere el párrafo a), reforma la de primera instancia en el sentido de que los intereses que debe abonar el señor Rodríguez Diago son los del 9 por 100 anual.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal, incluyendo la parte no casada de dicha sentencia, y suprimiendo la condenación en costas, por haber prosperado en parte la apelación, quedará así:

Refórmase el párrafo b) del punto primero de la sentencia apelada, proferida en este negocio el día dos de octubre de mil novecientos veintiocho por el Juez 2º del Circuito de Barranquilla, en estos términos:

"b) Los intereses de estos diez mil dólares desde el primero de febrero de mil novecientos veinticuatro hasta el día del pago, a la tasa del 9 por 100 anual."

En lo demás se confirma dicha sentencia.

Sin costas en la segunda instancia ni en la casación.

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

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

El señor Miguel Gaviria N. pidió la división por venta en pública subasta, de una casa ubicada en Medellín, en la Calle de Cúcuta, comprendida por estos linderos:

"Por el Oriente, con la expresada calle; por el Sur, con casa y solares de Rafael Gaviria y Vicente Toro; por el Norte, con propiedad que perteneció a los señores Gabriel Isaza y Felipe Lalinde, y que es hoy del Gobierno del Departamento, y por el Occidente, con la Calle de Tenerife."

Se fundó en la escritura 1710, de treinta de julio de mil ochocientos noventa y ocho, otorgada ante el Notario 2º de Medellín, por la cual el comunero Daniel F. Isaza O. le dio en pago el derecho proindiviso que sobre dicha casa tenía, de $ 890-53, en relación con un avalúo de todo el inmueble, de $ 6,800.

Los demandados se opusieron a la división, y uno de ellos, el señor Julio Isaza O., negó al demandante su calidad de comunero, en razón de haber adquirido por prescripción ordinaria el derecho proindiviso en que este último sustenta la demanda de división.

Indicó como títulos de dominio la venta que del mismo derecho le hizo el señor Daniel F. Isaza O., tradente de Gaviria, a la señora María del Carmen Ochoa de Isaza, por escritura pública número 1295, de veintisiete de mayo de mil novecientos veintiséis, pasada ante el Notario 3º de Medellín, y la que esta misma señora le hizo del expresado derecho, por escritura pública número 192, de treinta de enero de mil novecientos veinticinco, otorgada también en la Notaría 3ª de Medellín. Alegó que por tal título había poseído este derecho por más de diez años.

El Juez de la primera instancia falló así la controversia:

"1º Se declara probada la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria propuesta por el señor Julio Isaza O., en escrito de cuatro de junio de este año, respecto de la cuota de ochocientos noventa pesos cincuenta y tres centavos oro, que había adquirido el señor Miguel Gaviria N., por escritura pública número 1710, de treinta de julio de mil ochocientos noventa y ocho, Notaría 2ª de este Circuito.

"2º Como consecuencia, no se accede a decretar la división por venta de un inmueble situado en esta ciudad, división pedida por Miguel Gaviria en escrito de abril nueve de este año.

"3º No hay lugar a resolver sobre la excepción de nulidad absoluta del contrato, propuesta por el señor Julio Isaza O.

"4º Sin costas."

Por apelación del demandante, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha once de octubre de mil novecientos veintinueve, confirmó la de primera instancia. Así, pues, tanto el Juez como el Tribunal de Medellín declararon la prescripción en favor del señor Julio Isaza O., y negaron, por tanto, la división de la casa, por haber perdido su derecho de comunero el actor, Miguel Gaviria N., derecho que por vía de prescripción adquisitiva pasó al señor Julio Isaza O.

Contra el fallo del Tribunal, el apoderado del señor Miguel Gaviria interpuso recurso de casación que la Corte admite, por hallarlo ajustado a las prescripciones legales, y procede a resolver en el fondo.

El recurrente combate la sentencia del Tribunal, y alega la primera causal de casación, por haberse quebrantado en ella los artículos 779, 943, 2322, 2525 del Código Civil, en cuanto estos artículos enseñan que hay solidaridad en la posesión de los comuneros, y que uno de ellos no puede alegar la posesión exclusiva de su cuota contra los demás copartícipes.

Para impugnarlo, destaca este párrafo de la setencia de segunda instancia:

"Los preceptos antes invocados, de los cuales deduce la jurisprudencia la solidaridad de la posesión, aluden a defensas contra terceros. Pero en ninguno de ellos se puede sustentar la tesis de que un derecho de cuota no sea susceptible de posesión exclusiva."

Luégo critica este aserto en la forma siguiente:

"La tesis del Tribunal es tanto más infundada cuanto que las disposiciones mencionadas ni directa ni indirectamente establecen que la especie de solidaridad que existe entre comuneros respecto a la posesión y sus efectos, esté vinculada únicamente a la defensa contra terceros, una vez que tal especie de solidaridad es de índole general, y se instituye, ora por la naturaleza misma de la posesión, ora por la naturaleza misma de la comunidad. Precisamente, esa especie de solidaridad es la que viene a servir de base inconmovible a la defensa de un comunero contra otra que pretenda hacer exclusiva la posesión para el efecto de aprovecharla contra los derechos de aquél.

"El artículo 779 del Código Civil preconiza que durante la indivisión, la posesión y sus efectos entrañan especie de solidaridad entre comuneros, dado que es después de la división de la cosa común cuando se establece que cada partícipe se entiende haber poseído la parte que por la división le cupiere

"El artículo 943 ibídem, sobre que 'si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos. Y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno,' no sólo no le presta asidero a la tesis del Tribunal, sino que enuncia lo contrario, porque la posesión de un comunero interrumpe la prescripción respecto de todos, y si contra alguno de ellos no corre ésta, no puede correr contra ninguno.

"Ni el artículo 2322 del Código Civil, que enuncia lo que es comunidad, ni los que siguen rechazan, sino que más bien confirman la doctrina sobre la especie de solidaridad entre los comuneros, ni mucho menos dan la idea de que su aplicación aluda únicamente a la defensa contra terceros.

"El artículo 2525 patentiza de manera indubitable la especie de solidaridad que corre entre comuneros, en lo que hace a la posesión y sus efectos, para enseñar que la posesión de cualquiera de ellos se ejerce para sí mismo y para los demás condueños, aprovechando a éstos cuanto aquél ejecute en orden a la posesión.

"Por lo dicho, y habida consideración de las disposiciones que se han estudiado, resulta que la sentencia del Tribunal las ha quebrantado por obra de una errónea o torcida interpretación."

Como en la sentencia se sostiene que si, conforme al artículo 949 del Código Civil, se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, es porque se reconoce que puede haber posesión exclusiva sobre una cuota singular de un bien común, y, por lo tanto, prescripción fundada en esa posesión, mediante el tiempo necesario para ello, el autor del recurso expone que no es injurídica la tesis "de que se puede reivindicar una cuota determinada de una cosa singular, como lo reza el artículo 949 ibídem, pero sin que por ello se llegue a la conclusión del Tribunal sobre posesión exclusiva para el comunero y prescriptibilidad, ya que en el caso de comunidad la doctrina de que el comunero posee la cosa común en su nombre y en el de sus condueños, para sí y para sus copartícipes, resulta clara y firme de la disposición del artículo 2525 del Código Civil, en cuya virtud, si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto en una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras."

"Los términos en que se produce el citado artículo 2525, en relación con el artículo 762 ibídem, no permiten ninguna vacilación respecto a que en la comunidad el derecho sobre la cosa es de todos, y la posesión que se ejerce por uno de los comuneros no es exclusiva, sino para sí y para los demás condueños, de forma que, en semejante estado, la prescripción entre comuneros no es viable, justamente porque no ejercen la posesión en las condiciones que se caracterizan por el dicho artículo 762."

Por tanto, en concepto del recurrente, han sido violados por errónea interpretación los artículos 762, 946, 949, 943, 2512, 2518 y 2525 del Código Civil.

Admite el recurrente que se puede reivindicar una cuota determinada de una cosa singular que está en indivisión, pero no entre comuneros, dada la especie de solidaridad que concurre en la posesión y a la imprescriptibilidad de un comunero contra otra: de allí la violación del artículo 949 del Código Civil, por haberlo aplicado el sentenciador a relaciones entre comuneros.

El señor apoderado del recurrente ante la Corte, refuerza y completa este aspecto de la acusación formulada por el autor del recurso ante el Tribunal, alegando que "al proceder el sentenciador en el concepto y sobre la base de que la cuota del señor Gaviria ha sido poseída y prescrita por don Julio Isaza, viola directamente los artículos 2322 y 2323 del Código Civil, en cuanto da por posible y hasta por efectiva esa posesión aislada, precisa, determinada, circunscrita, de aquella cuota, a pesar de

haber una comunidad. La definición que de ésta da, o mejor dicho, el cuasicontrato que, en habiendo esa comunidad, existe según dicho artículo 2322, y la analogía o igualdad que entre ella y la sociedad establece el artículo 2333, son algo que veda aquel concepto de posesión aislada y circunscrita de determinada cuota, y que impide, por ende, la adquisición de ella por otro de los comuneros, en prescripción."

Y como consecuencia alega que fueron violados por haberse dejado de obedecer y aplicar los artículos 1374 del Código Civil, y 145 de la Ley 40 de 1907, que obligan a decretar lo pedido en la demanda divisoria.

Ambos recurrentes invocan la sentencia de la Corte, de veintinueve de agosto de mil novecientos veinticinco, que corre publicada en el tomo 31 de la **Gaceta Judicial**, página 319, en la cual se dijo que hay una especie de solidaridad entre comuneros respecto de la posesión y sus efectos, y que es exacto el principio, que es verdad incontrovertible en derecho, de que el comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente por sí, sino también por sus condueños.

A esta cita puede agregarse la de la sentencia de catorce de septiembre de mil novecientos veintiuno, publicada en el tomo 28, página 134, en que se había expuesto la misma doctrina en el párrafo siguiente:

"Asimismo la posesión es común, y se ejerce por cada uno de los comuneros en nombre de la comunidad, tanto, que no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso."

Es, pues, doctrina sentada en la jurisprudencia, de acuerdo con la naturaleza de la comunidad y con los textos legales, que la posesión de cada copartícipe es común, y que posee en nombre de todos los condueños.

Pero tanto en la primera sentencia como en la última de las citadas se dejó a salvo la excepción, esto es, el caso en que es inequívoca la posesión de un comunero en su propio nombre.

Dijose en la primera sentencia:

"El caso raro de excepción de que un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo necesario con ánimo de señor y dueño absoluto, y con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen, es una cuestión de hecho, sujeta a pruebas especiales, que no ampara a los demandantes en el presente juicio."

En el segundo fallo se expresó:

"Asimismo la posesión es común y se ejerce por cada uno en nombre de la comunidad, tanto que no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho en la comunidad."

Ahora bien: el señor Julio Isaza O. entró en la comunidad, no en nombre del señor Gaviria, sino en su propio nombre a poseer la cuota de dominio que por la escritura pública de mil novecientos veinticinco le había comprado a su señora madre, doña Carmen Ochoa de Isaza.

Están, pues, enfrentados dos derechos: el del señor Gaviria, cesionario de la cuota de dominio, que en la casa, cuya división se pretende, le vendió el comunero Daniel Isaza O., y el del señor Julio Isaza O., cesionario de la misma cuota, por segunda venta que Daniel Isaza O. le hizo a su señora madre, doña María del Carmen Ochoa de Isaza, y por las que ésta hizo a su turno al expresado señor Julio Isaza.

En tal situación es evidente que la posesión material sobre la casa en unión de los demás comuneros, fue ejercida con exclusión del señor Gaviria, a quien sustituyó Isaza, fundado en el título de compraventa de que se ha hecho mérito, y lo mismo ocurre con la posesión de la señora Carmen Ochoa de Isaza, tradente de don Julio.

El señor Gaviria pudo ejercitar la acción señalada en el artículo 949 del Código Civil, que concede el derecho de reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, acción dada al comunero que ha sido excluído del goce de la cosa común, para recuperar la posesión.

Dijo la Corte en sentencia de veintisiete de abril de mil novecientos veintiséis, que se encuentra publicada en el tomo 32 de la **Gaceta Judicial**, página 320:

"Cuando se niega a un individuo su carácter de comunero, es decir, de dueño de una cuota de la cosa común, es pertinente la acción que tiene por objeto el reconocimiento del derecho respectivo y la consiguiente entrega, la que, tratándose de derecho en una comunidad, se efectúa poniendo al comunero reivindicante en cápacidad de hacer uso de los derechos que tiene en la cosa común."

Es así que al señor Gaviria se le desconoció su derecho, precisamente porque la señora Carmen Ochoa de Isaza primero, y luégo don Julio Isaza entraron en su lugar con título de comuneros a poseer la cosa común con los demás condueños, quienes los aceptaron en su calidad de partícipes; luego Gaviria perdió la posesión, y debió reivindicarla en tiempo oportuno para evitar que se le opusiera la prescripción adquisitiva, que en este caso cabe perfectamente, porque la posesión de Isaza O. no es equívoca, desde luégo que la ejercía exclusivamente para él y nó en nombre del comunero Gaviria, en cuyo derecho se sustituyó por el título de dación en pago hecho a su favor.

Lo expuesto pone de manifiesto que no ha habido violación de las disposiciones legales que los recurrentes señalan, desde luégo que en el caso que se estudia hay contraposición de títulos, y por lo mismo no puede aceptarse la tesis de que Julio Isaza O. poseyera su cuota de dominio en nombre de Miguel Gaviria, cuyo título de comunero fue desconocido por aquél, así como por los demás condueños, quienes comparten con Isaza los proventos de la cosa común.

Pero el apoderado del recurrente ante la Corte observa que al señor Julio Isaza O. le falta para prescribir la buena fe, que es elemento constitutivo de la prescripción ordinaria, y al efecto, acusa la sentencia en los términos siguientes:

A la violación del artículo 762 del Código Civil se llega "también por el Tribunal, en virtud de error de hecho y de derecho, evidentes ambos, en la apreciación de estas pruebas: la escritura de obligación de mil ochocientos noventa y seis, y la de dación en pago, de mil ochocientos noventa y ocho, ya citadas, en cuanto estos títulos comprueban la adquisición, y con ella, la posesión del señor Gaviria; y las posiciones absueltas por don Julio Isaza O. en la primera instancia del presente juicio, el diez y ocho de agosto de mil novecientos veintiocho. En

estas posiciones confiesa don Julio haber ofrecido cierta suma de dinero al señor Gaviria por su derecho, en vía de transacción, lo que implica reconocimiento del derecho de éste, y confiesa también (don Julio), haber sabido lo de la aludida hipoteca y libertad otorgada por el señor Gaviria (véase la posición 7ª). Y, cabalmente, esa libertad la otorgó Gaviria, recibiendo a título de dación en pago el derecho cuestionado en este pleito. Si, pues, don Julio confiesa haber sabido lo de la liberación (otorgada, repito, en la precisa escritura de dación en pago y por obra de ésta, por este preciso medio), confiesa consecuencial y obligadamente que supo la dación en pago; y ésta fue la del derecho de su hermano Daniel hecha al señor Gaviria en mil ochocientos noventa y ocho, que el mismo don Daniel aparece vendiendo en mil novecientos diez y seis a la señora Ochoa de Isaza, de quien aparece adquiriendo don Julio en mil novecientos veinticinco."

Considérase:

De las posiciones que el autor del recurso estima como mal apreciadas por el sentenciador, no aparece con evidencia que el señor Julio Isaza O. tuviera conocimiento, en la fecha que obtuvo de su señora madre el derecho que pertenecía a don Daniel Isaza, que éste se lo hubiera vendido con anterioridad al señor Miguel Gaviria.

En efecto: preguntado Isaza O., en mil novecientos veintiocho, si había comisionado al doctor Eduardo Correa para que arreglara con el señor Gaviria el valor de la acción o derecho que éste tenía en la casa materia del pleito, contestó:

"Es cierto; comisioné al doctor Correa para que procurara arreglar con el señor Gaviria N. el negocio, pero sin reconocerle derecho a la acción o derecho aludido, y únicamente para evitar pleitos y molestias en la familia."

Leída, la aprobó.

Esa respuesta no prueba que cuando adquirió el señor Isaza de su señora madre la señora Carmen Ochoa de Isaza, en mil novecientos veinticinco, la cuota de dominio que se litiga, tuviera conocimiento de que con anterioridad le había sido vendida al señor Miguel Gaviria N. De manera que bien pudo el señor Isaza O. tener la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, que es en lo que consiste la buena fe (artículo 768 del Código Civil, inciso 2º), desde luégo que la señora Carmen Ochoa de Isaza, su vendedora, tenía un título de compra hecha al comunero Daniel Isaza.

De la respuesta séptima dada a las posiciones que el recurrente estima como erróneamente apreciadas, tampoco se deduce que Julio Isaza O. tuviera conocimiento de que Daniel Isaza O. le hubiera vendido a don Miguel Gaviria la cuota de dominio que es objeto del pleito. La pregunta se refiere a la hipoteca de la cuota, y en la respuesta, niega el absolvente que tuviera conocimiento de tal hipoteca; tan sólo confiesa que Daniel había hipotecado un lote de tierra situado en el barrio de Villanueva, de la ciudad de Medellín, y que el señor Gaviria intervino para dar por libre ese lote.

No aparece, pues, que las posiciones que cita el recurrente, como erróneamente apreciadas, puedan destruir la presunción de buena fe que favorece legalmente al señor Isaza O. En consecuencia, no prospera la acusación por quebrantamiento de las disposiciones del Código Civil, invocadas con relación al supuesto error de hecho que se acaba de estudiar.

Conceptúa también el recurrente que el Tribunal violó el artículo 2520 del Código Civil, "dando a la tolerancia y omisión de actos de mera facultad del señor Gaviria, un alcance contra el cual previene terminantemente ese artículo. Si este señor dejó de exigir cánones, o, en otra forma, su cuota en los frutos, si dejó de pedir la división, si no se introdujo en la casa materialmente a habitarla, no por eso **confirió posesión** al señor Julio Isaza, ni **dio fundamento a prescripción alguna.** Me valgo de las palabras textuales de ese artículo, las que he subrayado. Con todo, queda visto que el Tribunal encuentra en ello uno de los principales fundamentos de la prescripción que declara en favor de don Julio, y con que da por extinguido el dominio del señor Gaviria, y con él, su acción divisoria."

Observa la Corte que la manera de poseer materialmente un comunero, es ejecutando actos a que da derecho el dominio sobre la cosa común, en proporción de su cuota, y si el comunero Gaviria no entró a habitar en la casa, ni exigió los cánones que le correspondían, esto es, si no ejecutó ningún acto de posesión, y sí los ejecutó el señor Isaza O., de quien dicen los testigos que en unión de los demás condueños, y con exclusión de Gaviria, ocupó personalmente la casa, viviendo en ella, haciendo todos los gastos de conservación y reparación, cuidándola y mejorándola, es indudable que poseyó como comunero, y que Gaviria perdió la posesión que Isaza O. ejercía en su propio nombre, sustituído como estaba en el derecho del primero.

Estima también el recurrente que el Tribunal violó el artículo 2514 del Código Civil; pues dando por sentado, en gracia de discusión, que sí cupiera prescripción entre comuneros, y cupiera aceptar abandono por parte de Gaviria, a pesar de estar poseyendo sus condueños, ello es que en las citadas posiciones don Julio Isaza O. hace la confesión que allí consta, y esto implica renuncia a la prescripción. El Tribunal, apreciando erróneamente esta prueba, pasó por alto la renuncia. Este error evidente, que es, como se ve, de hecho y de derecho, lo condujo a la violación del artículo 2514 del Código Civil, que dejó de aplicar al caso del pleito.

La respuesta a que alude el recurrente, dice así:

Preguntado si era cierto que había comisionado el absolvente al doctor Eduardo Correa para que arreglara con Gaviria el valor de su acción o derecho en la casa, contestó:

"Es cierto; comisioné al doctor Correa para que procurara arreglar con el señor Gaviria N., pero sin reconocerle derecho alguno a la acción o derecho aludido, y únicamente para evitar pleitos y molestias en la familia."

En presencia de la respuesta anterior, no puede caber el error de hecho evidente que el recurrente señala por no haberla tomado el Tribunal como una renuncia de la prescripción, desde luégo que bien cabe la interpretación de que la propuesta tenía por objeto, como dice el absolvente, evitar pleitos en la familia.

Expone el recurrente que al comenzar su escrito, censuró de demasiado simplista el criterio del Tribunal, en cuanto prescindiendo de un elemento tan importante, como es aquí la comunidad, decidió el caso a la luz del artículo 1873 del Código Civil.

Luégo hace una disertación sobre los efectos y la prevalencia de la venta de una misma cosa a dos personas, que contempla la disposición civil citada; pero se observa que el Tribunal no se fundó en tal artículo para desatar la controversia. La sentencia se basa sobre la prescripción ordinaria alegada por el señor Isaza O. contra Miguel Gaviria. Si no mediara esa excepción, que se declaró probada en la sentencia, era claro que el derecho del señor Gaviria N., primer comprador de la acción de dominio que pertenecía al señor Daniel Isaza, prevalecería sobre el del segundo, ya que el registro de la escritura de la venta que se hizo a dicho señor Gaviria N. fue anterior; pero, como se ha dicho, en el presente negocio se ventila la prescripción ordinaria adquisitiva, alegada por el demandado.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín el once de octubre de mil novecientos veintinueve, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Roberto Uribe Díaz, en escrito de once de junio de mil novecientos veinticinco, que fue repartido al Juzgado 7º del Circuito de Bogotá, dijo:

"Promuevo formal demanda para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y con citación y audiencia del Municipio de Bogotá, entidad a quien designo como demandada, sea ésta condenada por sentencia definitiva a pagarme el valor de los perjuicios que sufrí en mi persona por virtud del accidente de que fui víctima por explosión ocurrida en uno de los carros eléctricos del tranvía municipal de Bogotá, el día diez y siete de diciembre de mil novecientos veinticuatro, y a pagarme como precio concreto de ese valor la suma en que pericialmente se fije la indemnización dentro de este juicio o en otro distinto.

"Es causa o razón de esta demanda, el hecho de haber ocurrido en el carro eléctrico del tranvía municipal de Bogotá, en que viajaba el día diez y siete de diciembre de mil novecientos veinticuatro, una explosión de materias inflamables y explotables, que en él se transportaban, no obstante estar prohibida su conducción por los reglamentos de tráfico de la empresa del tranvía, y haberse verificado ella por cuenta y riesgo de la misma: la circunstancia de ser responsable de ese accidente los empleados del carro eléctrico en que yo viajaba, por imprevisión y descuido, responsabilidad de que a su vez es garante el Municipio de Bogotá; y el hecho de haber sufrido, a consecuencia de este accidente desgraciado, dolencias físicas de enorme gravedad, especialmente en el órgano más importante de los sentidos, cual es el de la vista, dolencias de las cuales algunas habrán de perdurar en mi organismo por toda mi vida.

"En derecho se funda esta demanda en las disposiciones que en el Código Civil reglamentan las obligaciones originadas por los delitos y las culpas y que son, a saber, las contenidas en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, artículos 2341 a 2360 de esa obra y especialmente en el texto del artículo 5º de la Ley 62 de 1887, que a la letra dice así:

'Los empresarios de vías férreas serán responsables de los daños y perjuicios que se causen a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías y que sean imputables a descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía respectivos que expedirá el Gobierno, tan luégo como sea promulgada la presente Ley.'

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

"1º El Municipio de Bogotá es dueño del Tranvía Municipal de Bogotá y empresario del mismo.

"2º En uno de los carros eléctricos del Tranvía Municipal de Bogotá, de la línea de Chapinero, viajaba yo de este lugar a la ciudad, en las horas de la tarde del día diez y siete de diciembre de mil novecientos veinticuatro.

"3º En el indicado carro y a esas horas ocurrió una explosión de materias inflamables y explotables, que conducía un pasajero y que allí viajaba sin observación alguna, por parte de los motoristas, conductores, inspectores y cobradores del vehículo.

"4º Esa explosión causóme serios perjuicios físicos, tales como heridas y maltratos en las piernas y además y en el órgano de la vista muy graves lesiones, tales como deformidad de la pupila del ojo derecho; la pérdida del cristalino del mismo, por lo cual quedó opaco dicho ojo; opacamiento y engrosamiento de la cristaloide del mismo órgano; heridas en la región superior y externa de la córnea, que siguen, la una uno de los radios del limbo corneano y mide un milímetro y medio de longitud, y la otra que sigue los dos quintos superiores de dicho limbo; herida del iris en su parte superior; y por último, disminución de la visión de cerca, aun con lente de trece dipotrías (sic), siendo ella defectuosa para la lectura en el tipo corriente de imprenta.

"5º Todas las anteriores lesiones físicas fueron reconocidas en mi persona, por dos expertos en medicina y cirugía, los doctores José del Carmen Acosta y Guillermo Uribe Cualla, en inspección ocular practicada por el Juzgado 1º del Circuito de Bogotá, en esta ciudad, el día diez y siete de febrero de mil novecientos veinticinco.

"6º A consecuencia del accidente que sufrí, y especialmente de la herida penetrante del ojo, me apareció en éste una catarata traumática.

"7º Esta catarata me fue extraída, mediante delicada intervención quirúrgica practicada días después del accidente, el catorce de enero de mil novecientos veinticinco, por el doctor Arturo Arboleda, médico cirujano, especialista en afecciones de los órganos de los sentidos.

"8º La extracción de la catarata implicó la extracción del cristalino del ojo derecho, y este defecto, es definitivo, incorregible, y habré de llevarlo por toda la vida.

"10. La Empresa del Tranvía Municipal de Bogotá, de que es dueña el Municipio demandado, es responsable del accidente que sufrí, pues los conductores, motoristas e inspectores del carro de la línea de Chapinero en que yo viajaba, no impidieron la conducción de las materias inflamables y explotables, que dieron lugar al siniestro.

"11. Los reglamentos de tráfico de la empresa del Tranvía Municipal de Bogotá prohiben terminantemente la conducción de carga en los carros de pasajeros y muchísimo más, la que consista en materias explosivas e inflamables, peligrosas para la vida de los pasajeros y la de los conductores, motoristas, inspectores y empleados en general de esos vehículos."

El Personero Municipal de Bogotá contestó el traslado de esa demanda, oponiéndose a lo que en ella se pide, negando las razones de derecho y los hechos en que se funda.

Dijo por último el representante de la entidad demandada:

"Propongo la excepción de caso fortuito y la fundo en el hecho de que el accidente ocurrió en forma imprevista para los empleados del carro. La pólvora que estalló la ha podido llevar un pasajero consigo, hecho imposible de impedir por los empleados del tranvía quienes no pueden requisar a las personas. En el curso del juicio presentaré las pruebas que acrediten plenamente esta excepción."

En la sentencia de primera instancia, que lleva fecha primero de junio de mil novecientos veintiséis, se absolvió al Municipio de Bogotá del cargo que se le hace en la demanda, y el Tribunal Superior de Bogotá, que, por apelación concedida al demandante, conoció en segunda instancia del negocio, falló el recurso confirmando dicha sentencia.

Contra ese fallo proferido por el Tribunal el veintitrés de marzo de mil novecientos veintiocho, interpuso el demandante recurso de casación, que le fue concedido, y que la Corte admite por hallarse ajustado a la ley.

Alega el recurrente las causales 1ª y 2ª de casación y, para fundar esta última, dice: "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues el Tribunal se abstuvo de fallar como se abstuvo el Juzgado a **quo**, de la excepción de caso fortuito, de carácter perentorio, que fue alegada y admitida en tiempo y que ha debido fallarse."

Esta acusación carece de fundamento, pues cuando el juzgador halla que no están justificados los cargos de la demanda, no tiene por qué entrar a decidir sobre las excepciones que opusiera el demandado en su defensa:

"Un fallo absolutorio—ha dicho la Corte—implica una decisión total en orden a todas las cuestiones que susciten la demanda y la contestación." (Casación de diez y nueve de .... de 1906, XXII, 343, 1ª).

En apoyo de la causal primera se aducen estos motivos:

Primer motivo. La sentencia acusada es violatoria del artículo 1604 del Código Civil, en cuanto esta disposición dice:

'La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que le alega.'

"El Personero Municipal de Bogotá, al dar contestación a la demanda, dijo lo siguiente, que me permito copiar literalmente:

'Propongo la excepción de caso fortuito y la fundo en el hecho de que el accidente ocurrió en forma imprevista para los empleados del carro. La pólvora que estalló la ha podido llevar un pasajero consigo, hecho imposible de impedir por los empleados del tranvía, quienes no pueden requisar a las personas. En el curso del juicio presentaré las pruebas que acrediten plenamente esta excepción.'

"A pesar pues de que el artículo 1604 del Código Civil copiado arriba echa al demandado la carga de la prueba del hecho de la diligencia o cuidado, puesto que era a los agentes del Municipio en la conducción del tranvía a los que correspondía emplear ese cuidado y esa diligencia para evitar el accidente origen de esta litis, el Tribunal sentenciador no lo considera así, sino todo lo contrario: sin prueba alguna aducida por el Municipio demandado, el Tribunal juzga que correspondía al demandante el suministro de las probanzas correspondientes y llega hasta afirmar que de las que para acreditar el accidente él presentó, se deduce que no hubo negligencia de los empleados del tranvía en su grado menos grave, es decir, la ausencia de una esmerada diligencia en evitar el siniestro.

"Según el Tribunal, pues, correspondía al demandante acreditar que en los empleados del Tranvía Municipal hubo negligencia o descuido, cuando legalmente esa obligación no pesaba sobre él al tenor del artículo 1604 del Código Civil; pesaba sobre el Municipio la obligación contraria, o sea la de demostrar la diligencia y cuidado por parte de los citados empleados del Tranvía.

"Ello es así no sólo porque el artículo citado lo establece de una manera expresa, sino porque el representante del Municipio demandado lo entendió de igual manera al proponer, al contestar la demanda, la excepción de caso fortuito, que fundó en el hecho de que el accidente ocurrió en forma imprevista para los empleados del carro, excepción de la cual prometió presentar las pruebas que la acreditaran plenamente."

Se considera:

Si el daño de que se queja el demandante hubiera sido ocasionado por explosión de la maquinaria o por elementos de que se sirve la empresa, es indudable que sobre ésta pesaría la presunción de responsabilidad, y por ende, la carga de la prueba del caso fortuito. Pero como el accidente no provino o no resulta que proviniera de cosa alguna perteneciente a la empresa o que ésta tuviera en custodia, sino de elementos extraños al vehículo y que, seguramente, llevaba consigo alguno de los pasajeros, sólo podría deducirse responsabilidad a cargo de la parte demandada, si de autos resultara que los tales elementos que produjeron la explosión se hallaban en el carro por falta de vigilancia de sus empleados, mas no hay en el expediente dato alguno que pueda justificar este cargo, como bien lo observa el Tribunal en este paso de la sentencia:

"En efecto: habiendo pasado desapercibido para los pasajeros y para los conductores del tranvía el paquete o canasto que hizo explosión, era del todo imposible que los conductores tomaran las precauciones necesarias para impedir que la persona que lo conducía tomara asiento en el tranvía o para hacerla bajar de éste oportunamen-

te. El Tribunal razona sobre la base de que la materia inflamable pasó desapercibida para pasajeros y conductores, porque ni los mismos testigos que declararon sobre el suceso explican las causas del siniestro. De manera que la misma razón que existe para afirmar que se trataba de un cesto lleno de pólvora, existe para decir que pudo tener por causa un paquete de la misma materia llevado en uno de sus bolsillos por algún pasajero.

"**Ad impossibilia nemo tenetur**, decía un conocido aforismo romano. Y a los conductores del tranvía les era imposible prever un siniestro cuyas causas no aparecieron de manifiesto en ningún momento. Todos estamos obligados a evitar aun las causas más triviales que dependan de nuestra voluntad y que en alguna manera puedan ir a refluír en daño material o moral de nuestros semejantes. Pero cuando esas causas no aparecen a nuestra vista ni con nuestra razón las alcanzamos a vislumbrar, es realmente una cosa que no se compagina con la justicia estricta, que se nos haga responsables de ellas. Falta entonces el principal elemento de todo acto humano: la imputabilidad."

Así, pues, para deducir responsabilidad a cargo de la entidad demandada, no basta apreciar la relación de causalidad existente entre el acto de la explosión de una sustancia que no debía existir en el carro y el daño sufrido por el demandante, sino que, es necesario que, además, aparezca comprobado siquiera un hecho del cual pueda deducirse la negligencia o falta de vigilancia de los empleados del tranvía, como por ejemplo, que algunos pasajeros o cualesquiera otras personas, hubieran visto introducir en el carro las sustancias explosivas, o hubiera notado su presencia allí, pues ello acusaría en los conductores del carro falta de vigilancia o negligencia en el cumplimiento del deber de impedir la entrada de esos elementos, o de hacerlos retirar de allí. Pero, si como resulta de autos, nadie se dio cuenta de la existencia del explosivo, sino por la explosión misma, y no ha sido posible descubrir cómo ni cuándo se introdujo en el carro, no hay base para deducir a cargo de los empleados del tranvía la imputación de la negligencia, y es, por tanto, infundado este primer cargo.

"Segundo motivo. El fallo recurrido—se dice en este cargo—también viola el artículo 5º de la Ley 62 de 1887, que es del siguiente tenor:

'Los empresarios de vías férreas serán responsables de los daños y perjuicios que se causen a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías y que sean imputables a descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía respectivos, que expedirá el Gobierno tan luégo como sea promulgada la presente Ley.'

"El Tribunal interpreta esta disposición en el sentido de declarar que para su aplicación se requiere probar por quien la alega en su favor 'la negligencia' de los empleados de las empresas de vías férreas, con lo cual la viola indirectamente por una errónea interpretación.

"Ese texto no modificó ni modificar pudo la regla probatoria consignada en el artículo 1604 del Código Civil y por lo mismo no compete al demandante acreditar que hubo negligencia, hecho negativo de comprobación difícil, sino que corresponde al demandado demostrar que hubo diligencia, cuidado, hechos positivos éstos que admiten prueba apropiada, máxime si se tiene en cuenta que el Municipio propuso como excepción el caso fortuito y prometió dar las pruebas plenas de esa defensa, sin haberlo cumplido."

Sin entrar en consideraciones acerca de la pertinencia del artículo 5º de la Ley 62 de 1887 al caso del pleito, observa la Corte que el Tribunal no ha dicho, ni ha dado a entender siquiera, que esa disposición legal modifica la regla probatoria consignada en el artículo 1604 del Código Civil. Por lo demás, el recurrente no señala con ningún concepto del Tribunal que se halle en pugna con lo establecido en el citado artículo 5º y sólo trata de demostrar su violación haciendo ver que el Tribunal exige que quien lo alega a su favor suministre la prueba de la negligencia de los empleados de las empresas de vías férreas, y que ello está en desacuerdo con la regla probatoria del artículo 1604 del Código Civil; pero como con este razonamiento lo que se tiende a demostrar es la violación de este artículo y no la del 5º de la Ley 62 de 1887, que es el señalado en este cargo, la acusación no está justificada.

"El fallo en cuestión—dícese en el tercer motivo—también viola el artículo 578 del Código Judicial, disposición de carácter sustantivo, puesto que existiendo como existe en el caso del artículo 1604 del Código Civil la presunción legal de que el caso fortuito no existe mientras no se pruebe, y de que no está probada la diligencia o cuidado de quien ha debido emplearla, mientras no se justifique, el Tribunal echó la carga de la prueba a quien tenía en su favor la presunción y asignó ésta a quien no la tenía, subvirtiendo por entero el precepto en cuestión y violándolo de una manera ostensible y directa."

Lo dicho en respuesta a los cargos que preceden sirve para contestar este tercer motivo.

"Cuarto motivo. Violación del artículo 9º de la Ley 169 de 1896, por errónea aplicación de éste al caso del pleito."

Los conceptos del Tribunal que motivan este cargo son los siguientes:

"Por último y para terminar, se observa—dice la sentencia—que el demandante no comprobó un hecho sustancial de la acción: el marcado con el número primero en el libelo de demanda.

"Ese hecho dice:

'El Municipio de Bogotá es el dueño del Tranvía Municipal de Bogotá y empresario del mismo.'

"Ciertamente que tanto el Personero Municipal en la contestación de la demanda, como luégo el apoderado del Municipio, no negaron, ni pretendieron hacerlo, el mencionado hecho. Por el contrario, la defensa en ambas instancias se hizo bajo la base de ser el Municipio dueño de la Empresa del Tranvía.

"Mas el asentimiento de los representantes antedichos de nada sirve en el presente caso, por disponerlo así expresamente el artículo 9º de la Ley 169 de 1896."

Para no alargar este fallo con las consideraciones que en desarrollo de este cargo hace el recurrente, basta observar que como el fallo se sustenta por las razones expuestas en los puntos que preceden, cualquier error en que pueda haber incurrido el Tribunal en esta consideración de carácter subsidiaria, no daría lugar a infirmar la sentencia recurrida.

El sexto motivo no lo desarrolla el recurrente:

"Este motivo—dice—lo aduciré como fundamento de la causal siguiente de error de hecho en su apreciación;

pero también lo alego ahora porque con ese proceder el Tribunal violó el artículo 589 del Código Judicial, no dándole al testimonio del doctor Arboleda el valor de un indicio necesario, al relacionarlo con las demás pruebas que en el expediente obran y que el Tribunal se abstuvo por completo de analizar."

En efecto: después de la acusación que hace de la sentencia por la segunda causal, el recurrente formula dos cargos más por error de hecho, a saber: el primero, por "error de hecho en la apreciación de la prueba del hecho primero de la demanda," punto ya resuelto en las consideraciones referentes al cuarto motivo arriba examinado; y el segundo, por error de hecho en que, en sentir del recurrente, incurrió el Tribunal en la apreciación de la declaración del doctor Arturo Arboleda, porque "no le dio la fuerza legal que ella tiene, pues afirmó que no existen en el expediente otras presunciones con las cuales pueda relacionarse, prescindiendo en un todo de las declaraciones de Fandiño y Borda."

Como ya queda establecido que de autos no aparece que la explosión ocurrida en el carro del tranvía, de la cual resultó herido el demandante, es un hecho culposo imputable al Municipio demandado, resulta inconducente toda otra consideración referente al daño o perjuicio que de ese hecho se le siguiera al demandante.

Por todas estas consideraciones, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a casar la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el veintitrés de marzo de mil novecientos veintiocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO — **Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juez 1º del Circuito de Garzón, Marco A. Gasca instauró, por medio de apoderado, juicio ordinario de reivindicación contra Ricardo Muñoz C., para que se sentenciara:

1º Que la hacienda de **Los Salados** pertenece por derecho de dominio al demandante. Tal hacienda está alinderada así:

"Desde un mojón de piedra que se halla en la loma de **La Cuchilla,** en dirección occidental y lindando con terrenos del señor Marco Aurelio Gasca, línea recta, a encontrar otro mojón de piedra que divide terrenos del mismo Gasca y de Félix Gasca; de aquí, en dirección norte, y lindando con terrenos del vendedor, hasta un mojón de piedra que se halla dentro del potrero de **El Ciruelar;** de aquí, en recto, a un mojón de piedra, que se halla cerca de un cuchiyuyo y que sirve de límite al potrero de Félix Gasca y de Segundo Molina; de aquí hacia el Norte, siguiendo por el cerco de guadua, hasta otro mojón de piedra, que sirve de límite a los terrenos de Gabino Rojas; de aquí, a buscar el desemboque de un zanjoncito en la quebrada de **La Panela;** de esta quebrada, abajo, hasta encontrar un mojón de piedra que se halla en la orilla derecha de dicha quebrada, el cual sirve de lindero a los terrenos de **El Palmar,** de propiedad de Félix Gasca; de aquí, lindando con dichos terrenos, y tomando el cerro que divide unos potreros de **El Palmar,** hasta encontrar un mojón de piedra que se halla en la orilla izquierda de la quebrada de **El Yucal;** esta quebrada, arriba, hasta encontrar un mojón de piedra que se halla en la orilla de la misma quebrada, y que sirve de lindero al mangón o lote de terreno del señor Félix Gasca; de aquí, a buscar la punta del cerro que divide dicho mangón, en dirección oriental, hasta una hondonada que hay en la loma de **Buenavista;** esta hondonada, arriba, hasta el filo de la loma de **El Helechal,** en donde hay un mojón de piedra; de aquí por el filo, hasta encontrar el primer lindero citado."

2º Que el señor Ricardo Muñoz C. debe restituír a Marco Aurelio Gasca, dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia, la hacienda de **Los Salados,** por los linderos expresados.

3º Que el señor Ricardo Muñoz C., como poseedor de mala fe, debe restituír al actor los frutos naturales y civiles de la hacienda **Los Salados,** y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, y si no existen los frutos debe pagar el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción.

4º Que se oficie al Registrador de instrumentos públicos del Circuito para que cancele el registro de la escritura número 184, de treinta de julio de mil novecientos veinticuatro.

5º Costas.

La acción se funda en los siguientes hechos:

1º El veinte de noviembre de mil ochocientos noventa y uno, el señor Emiliano Luna T. remató en subasta pública los cultivos denominados **Los Salados,** por los límites ya expresados.

2º Emiliano Luna T., como poseedor regular de las mejoras o cultivos dichos, los vendió a Marco Aurelio Gasca, al tenor de las declaraciones contenidas en la escritura número 393, de cuatro de junio de mil novecientos cuatro, Notaría de Garzón, e inscrita en la Oficina de Registro el mismo día.

3º Dichos remate y venta, discutidos en los estrados de la justicia entre algunos herederos de Manuel Gasca, fundador primitivo, y los adquirentes Emiliano Luna T. y Marco Aurelio Gasca, fueron reconocidos en toda su existencia legal, y hoy tienen autoridad de cosa juzgada para los herederos dichos y para los que intervinieron en el juicio ejecutivo en que se hizo el remate aludido en el punto primero.

4º Las sentencias del Juzgado 1º del Circuito de Garzón, de diez y siete de marzo de mil ochocientos noventa y seis; del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, de veintitrés de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, y veintiuno de noviembre de mil novecientos siete, y de la Corte Suprema de Justicia, de diez y ocho de diciembre de mil ochocientos noventa y siete y veintiséis de noviembre de mil novecientos ocho, contienen las declaraciones del punto anterior.

5º Dueño Marco Aurelio Gasca de la zona baldía cultivada con el nombre de **Los Salados,** individualizada como queda dicho, pidió la adjudicación definitiva del

terreno a título de cultivador, y el Ministerio de Obras Públicas, en Resolución de 4 de agosto de 1913, adjudicó definitivamente a Gasca los terrenos de **Los Salados**, situados en el Municipio de Pitalito, Departamento del Huila, en una superficie de 257 hectáreas 5,863 metros cuadrados, demarcada punto por punto y línea por línea, al tenor de la alinderación primeramente transcrita.

6º Dicha Resolución fue inscrita primero en la Oficina de Registro de instrumentos públicos de este Circuito, el veintiocho de los citados mes y año, y después en la de Registro y Anotación del Circuito de Pitalito, el treinta de octubre del mismo año de mil novecientos trece, y así fue protocolizada bajo el número 400, en la Notaría del Circuito de Timaná, el mencionado treinta de octubre.

7º De manera que con los títulos relacionados quedó definitiva y absolutamente asegurado el dominio de Marco Aurelio Gasca sobre el inmueble de **Los Salados**.

8º Todos estos hechos fueron cumplidos de manera pública y solemne, y a ciencia y paciencia del tenedor de la primitiva fundación de **Los Salados**, señor Félix Gasca, quien, con el título de tío de Marco Aurelio Gasca, continuó como tál, amparado por un pacto en virtud del cual el legítimo propietario le cedió el usufructo de su hacienda con las obligaciones de pagar las contribuciones que gravaran la propiedad, y de conservarla en perfecto buen estado, y ensancharla durante el tiempo que tuviera a bien ocuparla.

9º Así fue como continuó Félix Gasca poseyendo la hacienda de **Los Salados**, en nombre del dueño y señor de ella, Marco Aurelio Gasca.

10. Con el andar del tiempo, y encariñado don Félix con la dicha hacienda, le propuso compra a Marco Aurelio, y con tal fin principió una serie de gestiones, ya directamente, ya por mediación de Heliodoro Rozo, gestiones que terminaron con la invocación inoportuna por parte de Félix, de derechos sin existencia jurídica, que no conducían a un resultado satisfactorio.

11. Así las cosas, y sin respetar los títulos justos de Marco Aurelio, dueño y exclusivo poseedor regular del inmueble llamado **Los Salados**, comprendido dentro de los puntos de estación y de incidencia de los lados del perímetro que señaló la Resolución del Ministerio de Obras Públicas, citada en el punto 5º, Félix Gasca otorgó escritura de venta a Ricardo Muñoz C., de la propiedad de **Los Salados**, comprendida dentro de la demarcación expuesta al principio, y le hizo entrega de ella, como consta en la escritura número 184, de treinta de agosto de mil novecientos veinticuatro, otorgada ante el Notario del Circuito de Pitalito.

12. Con esta escritura, considerada como llave de entera confianza, el señor Muñoz C. posee hoy la hacienda de **Los Salados**, a que se contrae la acción reivindicatoria, posesión que no es regular, porque no procede de justo título ni ha sido adquirida de buena fe, y calidad que engendra la obligación de restituír los frutos naturales y civiles, al tenor de la ley sustantiva.

13. Félix Gasca no tenía título constitutivo o traslaticio de dominio sobre la hacienda de **Los Salados** que vendió a Ricardo Muñoz, luego no podía vender, porque solamente quien tiene la propiedad de la cosa es el que puede enajenarla; y

14. Consecuencialmente, el señor Muñoz no ha adquirido el dominio de la hacienda de **Los Salados**, y cómo poseedor actual de mala fe, debe restituírla con los frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

El demandado, negando la mayor parte de los hechos, contradijo las acciones, y propuso como principales, las siguientes excepciones:

"**Simulación y ficción** en las traslaciones de dominio y de posesión, que aparecen efectuados a favor del actor en este juicio.

"Por cuestiones y circunstancias de familia, y debido a la estimación especial que en esos tiempos otorgaba el finado Félix Gasca al actual demandante Marco Aurelio, su sobrino, se celebraban y se toleraban mutuamente actos que no hubieran sido permitidos a otras personas, recurrido únicamente en atención a los lazos de próximo parentesco y al cariño especial con que se distinguían don Félix y don Marco Aurelio; y entre esos actos están el haber tolerado don Félix a su apoderado señor Emiliano Luna T., que le pasara a don Marco Aurelio por medio de escritura pública, sin mediar convenio verdadero entre los dos Gascas, el título sobre el inmueble rematado por el señor Luna por recomendación de don Félix, y la cual finca ahora se pretende reivindicar, como también el haber dejado pasar don Félix, en una especie de tolerancia para con los suyos, todo ese proceso simbólico sobre adjudicación a don Marco Aurelio de **Los Salados** como bien baldío. Y todo pasó sin que en ningún día, ni siquiera en un momento de minutos, hubiera dejado el finado don Félix de tener la finca citada de un modo material, personal y para el goce exclusivo de su persona; nunca dejó él, don Félix, de considerarse en estricta conciencia como el legítimo dueño del inmueble, y así fue considerado en todo tiempo por la sociedad en general.

"Son, pues, consecuenciales a las circunstancias anotadas y de realidad pública, las ficciones y simulaciones en los acontecimientos de la historia de este asunto que ahora se plantea judicialmente, y como hechos consistentes de la **nulidad** de los actos invocados para fundar la reivindicación pedida, los siguientes:

"**a**) El remate verificado por don Emiliano Luna T. de la finca cuya restitución se pide, se llevó a cabo para don Félix Gasca por recomendación de éste a su apoderado señor Luna T.

"**b**) La escritura pública de compraventa, marcada con el número 393, pasada ante la Notaría de este Circuito el día cuatro de junio de mil novecientos cuatro, fue un acto cumplido sin seriedad legal.

"**c**) Para la firma de esta escritura no hubo convenio real o verdadero de la compraventa que allí se reza.

"**d**) No hubo precio serio en esta compraventa, ni consentimiento en los contratantes para una venta verdadera.

"**e**) Todas las diligencias para la adjudicación promovidas por don Marco Aurelio, tendientes a conseguir el título de dominio sobre un bien baldío, la finca de **Los Salados** ahora discutida, fueron actos de mera tolerancia consentidos por el finado don Félix, sin suponerse que sirvieran después para alegar propiedad.

"**f**) Todas las diligencias que digan la posesión para el actor, son meros actos de representación sin realidad, que en nada afectan el ánimo de don Félix ni su posesión bien concreta y sin interrupción.

"g) Indican el ánimo de dueño de don Félix, la posesión material de la finca, con sus gestiones inmediatas, personalísimas, en todos los instantes, desde hace más de treinta años, sin interrupción alguna, con manifestaciones públicas de dueño exclusivo, etc., y sin gestión alguna de parte de don Marco Aurelio para quitarle el disfrute y posesión de la precitada hacienda.

"h) Indican la calidad de dueño en don Félix de la mencionada finca, circunstancias de hecho, como los pagos a su costa de impuestos nacionales, departamentales y municipales; su constante y sucesiva labor para mejorarla y ensancharla a su propia costa y a su especial interés, y todas las gestiones públicas y privadas atendidas por el vecindario en general y por sus empleados y servidumbre, arrendatarios, etc., considerándosele como propietario exclusivo y legítimo.

"i) La indican la especial estimación habida entonces del tío para el sobrino, practicadas entre ellos y observadas por el público; el precio insignificante, que podemos llamar ridículo, señalado en el contrato de compraventa a una hacienda de subido valor; la abstención de parte del ahora demandante de todo acto que estorbara el libre goce de la hacienda por parte del finado don Félix, abstención que principió por un claro consentimiento que de dueño le otorgó el sobrino al tío, y omisión que fue sucesiva y en un transcurso de tiempo mayor de diez años, o sea en todo tiempo hasta la presente gestión judicial."

Como subsidiarias propuso también estas excepciones:

Venta y adjudicación de cosa ajena, que se funda:

"a) En que el finado Félix Gasca en ningún tiempo se desprendió de la posesión del predio en cuestión, se mantuvo siempre con tal posesión en forma real, directa y personal sobre la cosa y con ánimo de ser suya.

"b) Que la venta efectuada por el señor Luna, según escritura citada, y que reza la enajenación del inmueble **Los Salados**, se refiere a un predio en el cual estaba vinculada la propiedad de don Félix, tanto como cultivador de las tierras como por derechos transmitidos por los fundadores, sus antecesores legítimos.

"c) También tenía allí don Félix derechos adquiridos como poseedor, en un transcurso de tiempo que le daban la calidad de dueño.

"d) La adjudicación que de bien baldío se hizo a favor de don Marco Aurelio, estaba dirigida, como la anterior venta, a un predio ajeno.

"Y ante los hechos de manifiesta realidad que forman la posesión jurídica para don Félix, y en presencia de los actos de omisión continuada y sin interrupción de parte del ahora actor, los terrenos en litigio, aun concediendo por un momento la seriedad de la venta y la adjudicación, vuelven **ipso facto** al dominio de la Nación por el abandono del adjudicatario, al tenor del artículo 56 del Código Fiscal Nacional. Y como se presume propietario de los terrenos a quien los cultive u ocupe, de estricta conclusión jurídica es la de tener como dueño de lo reclamado al comprador de don Félix, que lo es el demandado señor Muñoz (artículos 65, 66 del Código Fiscal y 762 del Código Civil).

"La omisión de parte del actor de actos que lo acrediten como un real y legítimo dueño de lo que reclama.

"Podemos seguir concediendo, en gracia de discusión, la realidad de los actos que rezan la traslación de la propiedad del expresado inmueble a favor del demandante, y con todo, la ausencia u omisión de actos por parte de don Marco Aurelio que se refieran a la cosa que se reivindica, tendientes a manifestar su posesión o calidad de dueño, desvirtúan totalmente la acción incoada. Así podemos negar y enunciar para la excepción:

"a) No ha tenido en ningún tiempo don Marco Aurelio la posesión material, ni personalmente ni por interpuesta persona; jamás se le ha visto ejercitar actos de gestor o dueño de **Los Salados**.

"b) Nunca, en todo el tiempo que poseyó don Félix el predio hoy en litigio, trató don Marco Aurelio de estorbarle la libre acción de don Félix, para manejar a su antojo la hacienda de **Los Salados**; pues esta es la primera acción judicial que promueve para reclamarla, después de más de treinta años de gozarla a su arbitrio el finado don Félix, vendedor del actual demandado.

"**Prescripción** adquisitiva por parte del vendedor del demandado señor Muñoz, y de pérdida de derechos en el actor, si alguna vez los tuvo.

"Así podemos afirmar los siguientes hechos constitutivos de esta excepción con los anteriores ya enunciados, que le sean pertinentes:

"a) El finado Félix Gasca poseyó la finca hoy en discusión, sucesivamente y sin interrupción, por más de treinta años.

"b) Esta posesión la manifestó don Félix en todo tiempo y de un modo público, con actos o gestiones de toda clase de la índole de dueño exclusivo, verbigracia, estableciendo mejoras y ensanchando la finca a su personal costa y a su propio arbitrio, designando y pagando mayordomos, caudillos, peones, etc., haciendo toda clase de negocios relacionados con la hacienda de **Los Salados**, sin sujeción a otro dueño; proveyendo a todo lo necesario para la debida administración de la finca en todos los momentos, y por un lapso de tiempo que pasó de treinta años.

"c) Las traslaciones de la propiedad del inmueble que rezan los títulos invocados por el actor, en ningún tiempo ni en una simple hora interrumpieron el goce y posesión que don Félix tuvo sucesivamente sobre tal inmueble; tales actos pasaron simbólicamente sin afectar la posesión material que tenía don Félix, como manifestaciones abstractas de derecho, que nunca se vincularon realmente sobre **Los Salados**.

"d) Como correlación o recíproca a la posesión material, sucesiva y sin interrupción ejercida por el vendedor de mi poderdante, está la abstención u omisión continuada de actos concretos de dominio que beneficien al demandante.

"e) A la posesión personal de don Félix puede agregar la que tuvieron sus antepasados, de quienes es causahabiente o sucesor.

"**Derecho de preferencia** para Ricardo Muñoz. Se presenta en los autos esta situación jurídica: la compraventa Luna-Gasca (Marco A.) y la compraventa Gasca (Félix)-Muñoz; dos títulos adquisitivos de dominio, ambos vinculados al inmueble que se trata de reivindicar. Y el caso lo resuelve el artículo 1873 del Código Civil, diciendo que se debe tener como dueño al que se le haya hecho entrega de la cosa, cosa ocurrida en forma real al actual demandado. Queda ante este segundo título y ante la entrega efectiva al señor Muñoz, desvirtuado el título del actor. Afirmo, por tanto, que a mi poderdante

si se le hizo entrega real de la cosa, y en su carácter de dueño la arrendó."

El demandado denunció el pleito a la sucesión de Félix Gasca, representada por la señora Emilia Salinas viuda de Gasca, quien contradijo la demanda y negó sus fundamentos, adhiriendo a las excepciones propuestas por el demandado. Propuso, además, la excepción de "nulidad del contrato que se quiere hacer eficaz hoy, o sea el de compraventa entre don Emiliano Luna T. y el señor Gasca, demandante, contenido en la escritura número 393, de cuatro de junio de mil novecientos cuatro, pasada en la Notaría de este Circuito."

El Juez sentenció así:

"1º Que la hacienda de **Los Salados**, de la jurisdicción del Distrito Municipial de Pitalito, comprendida dentro de la demarcación que se inserta en el respectivo escrito de demanda, pertenece por derecho de dominio al señor Marco Aurelio Gasca, demandante.

"2º Como consecuencia de la anterior declaración, se condena al demandado, señor don Ricardo Muñoz C., a restituír al señor Marco Aurelio Gasca, dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia definitiva—como se pide—la hacienda de **Los Salados**, por los límites expresados en la demanda.

"3º Se condena al mismo señor Ricardo Muñoz C.—al tenor de lo pedido—a restituír al señor Marco Aurelio Gasca, a partir de la fecha de la contestación de la demanda y hasta el día en que se verifique la entrega del inmueble reivindicado, los frutos naturales y civiles de este inmueble, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, y si no existen los frutos, pagará el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción.

"4º Como consecuencia también de las declaraciones precedentes, se dispone oficiar al señor Registrador de instrumentos públicos de este Circuito para que cancele el registro de la escritura número 184, de fecha treinta de julio de mil novecientos veinticuatro, otorgada por ante el Notario principal del Circuito de Pitalito.

"5º No se accede a hacer la condenación en costas que solicita el demandante, porque a juicio del Juzgado no ha habido injusticia notoria en las pretensiones del demandado; y

"6º Declara no probadas las excepciones que con el carácter de perentorias, principales y subsidiarias, propuso el señor apoderado del demandado."

La señora Emilia S. de Gasca apeló de esta sentencia, y el Tribunal Superior de Neiva, en sentencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta, revocó la de primera instancia, y en su lugar dispuso:

"Es sustancialmente inepta la demanda, por cuanto en el curso del juicio se ha demostrado que el demandado Ricardo Muñoz C. no es poseedor del bien raíz denominado **Los Salados**.

"Está probada la excepción de nulidad del contrato relacionado en la escritura pública número 393, del día cuatro de junio de mil novecientos cuatro, pasada ante el Notario de Garzón.

"Se absuelve, en consecuencia, al demandado de los cargos de la demanda.

"Sin costas."

El demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el cual fue concedido por esta entidad. Como el recurso es admisible, procede la Corte a decidirlo.

El recurrente alega las causales primera y segunda del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Segunda causal.

La sentencia no está "en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, en concepto de haberse resuelto sobre puntos que no fueron objeto de la controversia."

La acusación estriba en la siguiente declaración hecha por el Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia:

"Es sustancialmente inepta la demanda, por cuanto en el curso del juicio se ha demostrado que el demandado Ricardo Muñoz C. no es poseedor del bien raíz denominado **Los Salados**.

"La segunda causal alegada, dice el recurrente, se funda en que el Tribunal, desconociendo que todas las partes tuvieron a Muñoz como poseedor de la finca, tanto en la demanda como en la contestación de ella, declaró que no es poseedor del inmueble reclamado, sin ser este un punto que haya sido objeto de controversia."

Se considera:

Según el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, "cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida; sin embargo, respecto de la excepción de prescripción, es preciso que se alegue, cosa que puede hacerse en cualquier estado de la causa."

"No es casable por la segunda de las causales de casación (artículo 2º, Ley 169 de 1896) la sentencia del Tribunal que declara la excepción de ilegitimidad de personería sustantiva del demandante, sin que esta excepción hubiera sido materia del debate." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo 3º, número 1956).

La doctrina de la Corte se cifra en lo dispuesto por el artículo 51, atrás transcrito.

La causal segunda es, por ende, infundada.

Causal primera.

Violación de los artículos 1602, 1759, 1502, 1934 del Código Civil; 590, 591, 592 y 594 del Código Judicial.

Expresa el recurrente:

"Dos son los títulos invocados por el demandante para probar su derecho de propiedad sobre la hacienda de **Los Salados**: la compraventa celebrada por escritura número 393, de cuatro de junio de mil novecientos cuatro, otorgada en la Notaría de Garzón, y la adjudicación definitiva que a título de cultivador de esos terrenos le hizo el Gobierno, por medio de la Resolución de 4 de agosto de 1913, del Ministerio de Obras Públicas; y de modo absoluto es evidente que aquellos títulos le confieren plenamente el derecho de dominio que alega para reclamarlos, según lo dispuesto por claras y terminantes disposiciones civiles.

"El Tribunal reconoce que la escritura citada aparece otorgada con observancia rigurosa de todas las formalidades legales, y que reúne todos los requisitos externos de un contrato de compraventa real y verdaderamente celebrado por los otorgantes; pero agrega que como el

demandado y la denunciada han propuesto, respectivamente, la excepción de simulación o ficción y la de nulidad por falta de causa de ese contrato, hay que averiguar si tal defensa está probada.

"Con este motivo el Tribunal acoge un concepto del personero del demandado, que éste, a su turno, atribuye a un expositor italiano, y según el cual para probar la simulación son suficientes estos tres indicios: la vileza del precio, el vínculo de sangre entre los contratantes y la continuación de la posesión por parte del que enajenó.

"En seguida, y con el objeto, dice, de verificar la comprobación de tales indicios, el Tribunal, que desde el primer momento da por probada la simulación, formula una larga serie de apreciaciones que titula **hechos antecedentes, hechos concomitantes, indicios subsiguientes** y **prueba testimonial,** pero sin señalar con precisión, ni determinar ni relacionar cada una de las pruebas con que respalda sus razonamientos. De modo que éstos carecen de base sólida, y de consiguiente, el fallo es infundado.

"Sin caer en exageración, puedo asegurar que los llamados por el Tribunal indicios de la simulación, son un conjunto de inexactitudes, desprovistos de todo fundamento probatorio.

"Considera el Tribunal que todos los hechos o circunstancias que anota están debidamente comprobados con las pruebas del juicio; pero en los capítulos siguientes se verá que tales pruebas han sido mal apreciadas por el Tribunal, pues no solamente incurrió en evidentes errores de hecho y en errores de derecho al apreciarlas, sino que a pesar de que la mayor parte de las pruebas traídas al proceso concurren a demostrar la validez del contrato, el Tribunal llegó hastá tomarlas como prueba de la simulación, incurriendo en errores verdaderamente inexplicables."

Se considera:

"En la demanda de casación—dice el artículo 9º de la Ley 90 de 1920—se expresarán en capítulo separado cada una de las causales de casación que se aduzcan en el recurso, y separadamente, con claridad y precisión, de modo completo, cada uno de los motivos, enumerándolos, en que se apoyan las causales.

"Se resumirán brevemente, con la debida separación, los conceptos del Tribunal que motiven el cargo respectivo; se separarán los motivos de hecho de los de derecho; se expresarán la ley violada, el concepto en que lo ha sido; se dirá cuál es la ley aplicable al caso del pleito, y se determinarán una a una las pruebas mal apreciadas y la ley violada por mala apreciación de las mismas."

"Quien formula una demanda de casación debe sujetarse a las reglas que para el efecto tiene determinadas la ley de manera estricta, porque así lo requiere la naturaleza de este recurso." **(Jurisprudencia de la Corte,** tomo 3º, número 1125).

El recurrente divide en dos capítulos la demanda de casación, y omite la enumeración de los motivos correspondientes a cada causal. El capítulo primero es una censura global a la sentencia recurrida. No expresa porqué han sido violadas las disposiciones que cita; no indica cuáles son las leyes aplicables al caso del pleito; no señala una a una las pruebas mal apreciadas; no cita los preceptos violados por error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

Como en el capítulo segundo, que es una consecuencia del primero, se concretan los puntos de casación y se analizan las disposiciones que estima violadas el recurrente, la Corte procede a estudiarlo.

"Violación de los artículos 555, 556, 569, 572, 574, 693, 694 y 719 del Código Judicial; 72 de la Ley 105 de 1890; 1759, 1761, 1769 del Código Civil, y 590, 591, 592 y 594 del Código Judicial.

"En la parte del fallo titulada por el Tribunal 'indicios subsiguientes,' al que le da una importancia decisiva en orden a demostrar la simulación, figura el siguiente:

'e) Gestiones positivas por parte del poseedor material de **Los Salados,** para no desprenderse de la finca, y determinación firme y constante de ejercer su dominio en el inmueble, manifestadas unas y otras ya por cartas, en las que tenuemente se descubre el interés de don Félix en recuperar a cualquier precio el título de la finca, ya oponiéndose de manera más o menos formal a que la dicha finca fuera inventariada en el juicio sucesorio de la señora Dolores Cuéllar de Gasca, extinta cónyuge de Marco Aurelio.'

"Las únicas cartas que obran en el proceso son las que figuran de fojas 11 a 16 del cuaderno número 2º, dirigidas por don Félix a Marco Aurelio, y a ellas seguramente tiene que referirse el Tribunal en el pasaje transcrito.

"De la sola lectura de estas cartas salta a la vista, de modo incontrastable, absoluto, con claridad deslumbrante, que todas las gestiones hechas por don Félix, y de que aquéllas dan cuenta, fueron encaminadas a obtener la adquisición de la propiedad de **Los Salados** por medio de un contrato absolutamente real y efectivo de compraventa o de permuta mediante el ajuste, tenazmente discutido, del precio de dicha finca o de los haberes que Marco Aurelio debía recibir en pago de tal inmueble como equivalente de dicho precio. En ellas no se manifiesta el ánimo de no desprenderse de la finca y de ejercer su dominio en el inmueble, como equivocadamente lo estima el Tribunal, sino de adquirir por medio de un contrato de mutua conveniencia, y de lograr el deseo manifestado por Marco Aurelio, de que la propiedad de **Los Salados** vuelva a ser de don Félix, 'vuelva a ser mía,' dice éste, lo que en sana lógica equivale a reconocerle expresamente a Marco Aurelio su derecho de dominio sobre el mencionado inmueble; porque si un individuo le propone a otro que le venda el reloj que el primero lleva consigo, es porque éste reconoce que no le pertenece, y que es de propiedad del segundo.

"El error de derecho consiste en reconocerle valor probatorio a esas gestiones y cartas, como indicios de la simulación, y en tal concepto violó los artículos 590, 591, 592 y 594 del Código Judicial.

"La autenticidad de tales documentos es indiscutible, pues ella quedó más reforzada, si fuera posible, por medio del cotejo de firmas, practicado de común acuerdo por todos los peritos, que con sólidos fundamentos ilustran su dictamen, diligencia que fue pedida por el demandante, para abundar en razones, y que no hubiera sido necesaria para tener dichos documentos como auténticos y reconocidos, por no haber sido objetados ni redargüídos en ninguna forma por la contraparte.

"Además, es indiscutible que las cartas fueron dirigidas y escritas en las mismas fechas que ellas indican, pues nadie ha puesto en duda esta circunstancia, y por-

que cualquier suposición en contrario sería absurda. Recuérdese que don Félix otorgó testamento el veintinueve de julio de mil novecientos veinticuatro, al día siguiente vendió Los Salados a Ricardo Muñoz, y falleció el veintiséis de agosto siguiente.

"El artículo 694 del Código Judicial reconoce a tales cartas el carácter de documentos reconocidos, y el artículo 693 de la misma obra otorga a tales documentos la fuerza de confesión, y, finalmente, el artículo 1761 del Código Civil le reconoce a dicha correspondencia el valor de escritura pública respecto de los que aparecen haberla suscrito y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos del signatario, es decir, respecto de Ricardo Muñoz, en cuanto a la transmisión de Los Salados, y respecto de la denunciada como representante de la sucesión del firmante de dichas piezas.

"El Tribunal incurrió en error de derecho al desconocerle a los referidos documentos el mérito probatorio que en favor del demandante le otorga la ley, y en tal concepto violó las tres disposiciones que acabo de citar."

Se observa:

De acuerdo con el artículo 693 del Código Judicial, "la misma fuerza de confesión sobre el contenido de cartas y otros papeles, tendrá el reconocimiento que de ellos haga una de las partes en el juicio, y durante el término probatorio."

Las cartas en referencia no comportan una confesión judicial, puesto que no fueron reconocidas durante el término probatorio. En el juicio se practicó por peritos el cotejo de la firma de Félix Gasca, a petición del demandante. El cotejo no constituye plena prueba, sino una prueba incompleta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 719 del Código Judicial.

En armonía con el artículo 694 ibídem, "un documento se tendrá por reconocido cuando, habiendo obrado en los autos de un juicio con conocimiento de la parte que lo firmó o de su apoderado, no se ha objetado o redargüido de falso en tiempo oportuno, para que la parte que lo presentó hubiese podido probar su legitimidad." Félix Gasca no es parte en este juicio, el cual se inició después de su muerte; de suerte que las cartas no han obrado en autos "con conocimiento de la parte que las firmó o de su apoderado."

El artículo 1761 del Código Civil no es aplicable, entre otras razones, porque las cartas no han sido reconocidas. Como se vio atrás, la firma de Félix Gasca se estableció por cotejo, y el cotejo es una prueba incompleta.

Es conveniente transcribir algunos apartes de la sentencia del Tribunal, en relación con las cartas, cuyo valor probatorio se estudia:

"Sobre el particular obra en el juicio un testimonio de excepción, por haber sido aportado sin reservas, no por el demandado excepcionante, sino por el apoderado del actor: el del señor Heliodoro Rozo, de quien dice el mismo apoderado que fue comisionado e intermediario de don Félix en sus gestiones sobre readquisición de Los Salados, y a quien se le interrogó sobre estos hechos, que se suponen aceptables por quien formula la pregunta:

"..... diga (el testigo Rozo) si le consta por la intimidad que tenía con don Félix Gasca, por el conocimiento de sus negocios, por las propuestas de compra o de permuta hechas a Marco Aurelio Gasca, como propietario de la hacienda de Los Salados—que don Félix usufructuaba en nombre de su legítimo propietario; y

"f) Diga si sabe y le consta que don Félix Gasca murió sin haber hecho negocio relativo a la compra o permuta de la hacienda de Los Salados con el señor Marco Aurelio Gasca, a quien hoy pertenece y a quien pertenecía cuando don Félix murió."

La declaración juramentada que en relación con tales hechos y otros que se le preguntan rindió el testigo Rozo, es como sigue:

"a) Soy mayor de cincuenta años, vecino de este Municipio, y sin generales con el señor Marco Aurelio Gasca.

"b) Es verdad que primero de una manera oficiosa, y después en mi carácter de apoderado general del señor Félix Gasca, le hice varias propuestas al señor Marco Aurelio Gasca de compra o de permuta de la finca de Los Salados. Pero esta gestión obedeció a que en vista de la historia u origen de la escritura o título de propiedad a favor del señor Gasca Marco Aurelio, me la refirió verbalmente el señor Félix Gasca, y habiéndome dicho que aquél se había negado repetidas veces a devolverle el título, me pareció más conveniente, dadas las relaciones entre tío y sobrino, proponer un mal arreglo a cambio de un buen pleito.'

"Al punto c):

'Es cierto que mantuve correspondencia con el señor Marco Aurelio Gasca, a fin de solucionar ese asunto de una manera amigable.'

"Al punto d):

'Es cierto que Félix Gasca escribió a Marco Aurelio proponiéndole compra o permuta de la finca de Los Salados, y dichas cartas fueron insinuadas por mí, con el propósito de arreglar decorosamente ese asunto.'

"Al punto e):

'Me consta por la intimidad que tenía con don Félix Gasca y por el conocimiento de sus negocios, y por habérmelo dicho repetidas veces que Los Salados eran de su exclusiva propiedad, y como tal la usufructuaba, y que la escritura que poseía Aurelio de dicha finca era de mera confianza.'

"Al punto f):

'Me consta que el señor Félix Gasca murió sin haber obtenido la devolución del título de Los Salados por parte del señor Marco Aurelio Gasca.'

"Un testigo, dice el artículo 606 del Código Judicial, no puede formar por sí solo plena prueba, pero sí gran presunción cuando es hábil."

El cargo es infundado.

Expresa el recurrente:

"Años atrás, el treinta de marzo de mil novecientos seis, ya había hecho confesión judicial don Félix sobre los mismos hechos confesados en sus cartas, o sea sobre la validez y realidad del contrato contenido en la escritura número 393, y sobre el pago de los $ 1,000 estipulados como precio de la compraventa, haciendo también expresa confesión acerca de su condición de simple tenedor del inmueble, en virtud del pacto celebrado con don Marco Aurelio para que lo usufructuara por todo el tiempo que quisiera durante el resto de su vida.

"Llamado a declarar por el demandante en el juicio ordinario seguido por Abelardo Martínez contra Marco Aurelio Gasca, en lo pertinente don Félix declaró:

'Que es verdad que desde el año de mil ochocientos noventa y cuatro está el declarante en posesión del in-

mueble **Los Salados**, con ánimo de dueño exclusivo de él, y desde entonces lo usufructuó y lo administró sin sujeción a tercera persona, hasta la fecha en que se le otorgó escritura pública al señor Marco Aurelio Gasca de dicho inmueble.

'Que es verdad que el declarante vendió al señor Marco Aurelio Gasca sus derechos en **Los Salados**, porque su ánimo fue de venderlos a él, como dueño de esta finca.

'Que es verdad que el exponente ha recibido del señor Marco Aurelio Gasca la suma de cien mil pesos, no en papel moneda, sino su equivalente en oro, como precio de la venta de **Los Salados**.....

'Que es verdad que los semovientes de **Los Salados** están hoy marcados con la cifra quemadora que el declarante ha usado siempre allí, porque ahí deben permanecer hasta que el declarante quiera, porque eso fue lo pactado por su sobrino Marco Aurelio en la venta que le hizo de la finca **Los Salados**.'

"Esta declaración constituye una verdadera confesión judicial, porque fue hecha en juicio, si no por una de las partes militantes, sí por quien había sido parte en un contrato discutido en ese proceso, y sobre hechos personales y propios del confesante, y siendo esto así, como lo es en efecto, dicha confesión tiene el valor de plena prueba contra el confesante y contra las personas a quienes se han transferido sus derechos y obligaciones, y prueba en todo tiempo y circunstancia contra estas personas y contra el que confesó.

"El Tribunal le desconoce a esta declaración todo valor probatorio, y al respecto dice:

'Esa declaración, por una parte, fue rendida en el juicio de reivindicación de **Los Salados**, que promovió Abelardo Martínez contra Marco Aurelio Gasca, y en cuyo resultado favorable al segundo tenía interés don Félix, como que siéndose y considerándose verdadero y único dueño de la finca, la sentencia que desatase el juicio lo afectaba a él, Félix, de manera directa y efectiva; ese interés lo tuvo éste hasta cuando se dictó por la Suprema Corte de Justicia su sentencia de veintiséis de noviembre de mil novecientos ocho, que le fue favorable.

'De otro lado esa declaración fue desvirtuada por otras posteriores de don Félix, en que afirma precisamente lo contrario, por cartas, memoriales, en posiciones extrajuicio, en el acto, por varios títulos solemnes, de sus declaraciones de última voluntad, y, finalmente, por el conglomerado de probanzas, que hacen evidente la circunstancia discutida de la simulación.'

"También incurrió en error de derecho al desconocerle a esa confesión el mérito probatorio que le otorga la ley, y todos estos errores lo indujeron a violar los artículos 555, 556, 569, 572 y 574 del Código Judicial, y 72 de la Ley 105 de 1890."

Se observa:

Las disposiciones que cita el recurrente ponen de manifiesto, con claridad deslumbradora, que la declaración de Félix Gasca no constituye una confesión judicial. El mismo recurrente afirma, y ello es cierto, que Félix Gasca no fue parte en el juicio ordinario promovido por Abelardo Martínez contra Marco Aurelio Gasca. La declaración la rindió en su carácter de testigo.

El cargo es, pues, infundado.

Dice el recurrente:

"La confesión rendida por don Félix se halla reforzada por las declaraciones rendidas por los testigos Francisco Dussán, Emiliano Luna T. y José María Trujillo T.

"El testigo, doctor Francisco Dussán F., en lo pertinente declara:

"2º Conocí de vista, trato y comunicación al señor Félix Gasca, vecino que fue de este Distrito, a quien traté como amigo, con intimidad y confianza, y es verdad que don Félix me manifestó voluntariamente, al hablar de la hacienda de **Los Salados**, que el señor Marco Aurelio Gasca era el legítimo dueño de tal propiedad, y que él —don Félix—solamente la usufructuaba por convenio con su sobrino.'

"El testigo José María Trujillo T. declara en igual sentido. De modo que con esas declaraciones está probada una confesión extrajudicial de don Félix.

"Estas declaraciones también fueron mal estimadas por el Tribunal, pues incurrió en el error evidente de hecho de ver en ellas declaraciones de referencia donde hay la prueba de un confesión extrajudicial. También incurrió en el error evidente de hecho de olvidar que los testigos no se refieren al dicho de otras personas, sino a lo confesado por don Félix ante ellos."

Se observa:

Según el artículo 607 del Código Judicial, "dos testigos hábiles para declarar, que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, hacen plena prueba." Los testigos Dussán y Trujillo no expresan en qué tiempo y en qué lugar les hizo Félix Gasca la confesión sobre que declaran; de modo que sus declaraciones no reúnen los requisitos prescritos por el citado artículo 607.

El cargo es ineficaz.

"Todas estas pruebas—dice el recurrente—desvirtúan completamente los llamados por el Tribunal indicios de la simulación, porque patentizan la realidad y la eficacia de la compraventa contenida en la escritura 393, y explican satisfactoriamente las circunstancias de haber quedado la finca en poder de don Félix, y de haberse declarado en tal instrumento que el vendedor, o sea el mandatario de éste, había recibido el precio estipulado. No debe olvidarse que don Félix, en su condición de verdadero vendedor, era en realidad quien debía recibir el precio, y que está plenamente probado que lo recibió, de modo que no está probado, como lo estima el Tribunal, que en la escritura número 393 se hicieran constar hechos inexactos."

Se observa:

El Tribunal llegó a la conclusión de que es nulo el contrato de compraventa celebrado por Emiliano Luna y Marco Aurelio Gasca, fundado en cuatro series de indicios, que denomina así:

I. Hechos antecedentes.
II. Hechos concomitantes.
III. Indicios subsiguientes.
IV. Los comprobantes que se deducen de la prueba testimonial.

El recurrente omitió atacar los hechos antecedentes, distribuídos por el Tribunal en cinco ordinales marcados con las letras **a)**, **b)**, **c)**, **d)**, **e)**. Su deber era haber impugnado uno a uno todos los comprobantes que indujeron al Tribunal al reconocimiento de la simulación.

"La Corte ha resuelto en varias decisiones que no es casable una sentencia por mala apreciación de determinadas pruebas, cuando el fallo no se funda únicamente en ellas, sino también en otras que han sido apreciadas jurídicamente o que no han sido por lo menos atacadas en casación, porque debe suponerse que el Tribunal apreció las pruebas en su conjunto." **(Jurisprudencia de la Corte,** tomo 3º, número 238).

"No puede casarse una sentencia por error de hecho en la apreciación de una prueba considerada aisladamente, si por otra parte en el fallo se hizo un cotejo de todas las probanzas utilizadas por las partes en el juicio, y se apreciaron en conjunto, puestos en frente unos de otros, los datos ofrecidos en el pleito, y el Tribunal formó su juicio después de un análisis prolijo de todos los medios probatorios." **(Jurisprudencia de la Corte,** tomo 1º, número 3261).

El cargo es infundado.

"Tampoco está demostrada—dice el recurrente—la vileza del precio a que el Tribunal hace referencia en el aparte marcado con la letra **b).**"

Se observa:

Descartando el avalúo pericial por no haberse puesto en conocimiento de las partes, el demandante Marco Aurelio Gasca confiesa que el precio de **Los Salados** es muy superior a mil pesos. En las posiciones que absolvió en el juicio se le preguntó:

"A la 9ª:

"¿Cómo es verdad que el inmueble cuya restitución solicita el absolvente tiene un precio muy superior a mil pesos moneda corriente?"

Contestó:

"Es verdad." Leída la aprobó. (Folio 104, cuaderno 3º).

El cargo es infundado.

Expresa el recurrente:

"El indicio **c)** también aparece desvirtuado y contradicho por todas las pruebas a que he hecho referencia.

"En dicho pasaje el Tribunal incurrió en un evidente error de hecho al estimar que Marco Aurelio no recibió la finca, 'porque quien continúa en la posesión de ella, de manera absoluta e imperturbable, no obstante la escritura, fue don Félix,' palabras textuales del fallo.

"En el aparte **a)** del capítulo titulado **indicios subsiguientes,** estima el Tribunal que Marco Aurelio Gasca no ha poseído nunca la finca de **Los Salados,** por sí ni por interpuesta persona, ni ha hecho gestiones para conseguirla."

Se observa:

Con las declaraciones de un gran número de testigos está probado que Félix Gasca poseyó por más de treinta años **Los Salados,** ejerciendo sobre ellos toda clase de actos de posesión sin oposición por parte de Marco Aurelio Gasca. La prueba de la posesión se amolda a lo dispuesto por el artículo 981 del Código Civil.

La parte demandada alegó y probó la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria. Félix Gasca poseyó el inmueble desde el veinte de noviembre de mil ochocientos noventa y uno, día del remate, y la demanda se estableció en mil novecientos veinticuatro.

En el juicio no está probado el pacto mediante el cual Marco Aurelio Gasca hubiese dejado la finca en poder de Félix Gasca para que éste "la disfrutara como usufructuario de hecho." Lejos de esto, hay prueba de que Félix Gasca poseyó la finca por más de treinta años, y que ejecutó actos de dominio sin el consentimiento del demandante.

El cargo es infundado.

Dice el recurrente:

"El Tribunal ha llegado a la conclusión de que el demandado no es poseedor actual de la finca de **Los Salados,** fundado en la confesión rendida por éste y por la señora Emilia Salinas viuda de Gasca en posiciones y en un documento privado otorgado por el mismo Muñoz, y en el cual declara que el contrato contenido en la escritura 184, de treinta de julio de mil novecientos veinticuatro, es simulado o de confianza, y que él devolverá la escritura cuando lo solicite don Félix.

"El Tribunal estimó mal la confesión hecha en tales posiciones, e incurrió en el error de derecho de considerar que la confesión hecha por los demandados puede perjudicar al demandante, con lo cual violó el artículo 574 del Código Judicial."

Se observa:

La conclusión a que llegó el Tribunal se funda en la confesión hecha por el demandante y el demandado, como aparece en los siguientes pasajes del fallo:

"Mas en el curso de la causa se ha acreditado en forma plena que las declaraciones contractuales de la dicha escritura no pasaron de ser una ficción, ajenas a todo concepto de verdad, e ineficaces, por lo mismo, de producir obligaciones para quienes las hacen, y de engendrar derecho alguno. La inexistencia de tal contrato, consecuencia de su falta de causa, proveniente a su vez de ser fingidas las estipulaciones que lo engendran, es una situación jurídica aceptada por los contradictores en el juicio, cuya declaratoria piden ambas partes. Véanse sus palabras:

'Concluía aquí este escrito—dice el apoderado del actor—pero vienen las posiciones de los demandados, señor Ricardo Muñoz y señora Emilia Salinas viuda de Gasca, heredera universal de don Félix Gasca, declarando que en la escritura de compraventa de **Los Salados,** Gasca-Muñoz, fue rectificada por un documento privado, declaratorio de que la escritura es ficticia, de mera confianza, en que el vendedor carece de la voluntad de vender y el comprador de la de comprar; que no hay dación del precio, y que el comprador otorgará la escritura de resolución cuando lo quiera la señora de Gasca, etc.'

"Estas declaraciones corroboran la de Heliodoro Rozo, quien presenció el otorgamiento de este documento y pagó las deudas a que el testador destinó el precio de **Los Salados,** con otros dineros. De oficio debe el juzgador declarar la nulidad o ineficacia de este contrato, como se lo manda el artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

"Y el doctor Alfonso Medina, apoderado del recurrente, dice:

'..... en el contrato celebrado en mil novecientos veinticuatro, entre don Félix Gasca y don Ricardo Muñoz, por el cual el primero vende al segundo la hacienda de **Los Salados,** no hubo en el vendedor la voluntad de transferir el dominio, ni en el comprador la intención de adquirirlo. Esto está probado con la confesión judicial hecha en esta instancia por el comprador señor Muñoz y por la representante del vendedor, señora Emilia S. de Gasca, y por la contradeclaración suscrita por los mismos contratantes a raíz de haber sido firmada la escritura

de venta. No habiendo voluntad de contratar, estamos en presencia de un caso clásico de contrato inexistente, que no tiene vida, que no ha nacido a la vida del derecho, y del cual no pueden desprenderse consecuencias jurídicas.'

"En presencia, pues, de la nulidad o inexistencia del contrato de venta Gasca-Muñoz, contenido en la escritura número 184; de las peticiones de las partes de que esa nulidad sea declarada de oficio (véase el alegato del doctor Polanía), y de que sin hacer especial declaratoria de esa nulidad se desestime ese contrato para el efecto de hacer emanar de él obligaciones o derechos (alegato del doctor Medina), y ante la que establece el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, estima el Tribunal que es el caso de, sin hacer formal declaración de la alegada nulidad o inexistencia del nombrado contrato, desestimarlo, y no tenerlo en cuenta para el efecto de no deducir de él obligaciones ni derechos que hayan de declararse en este fallo."

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Neiva, con fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta.

Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Palmira, el apoderado de la señora Virginia Quintero demandó al señor Julio Solarte para que, con su audiencia, se declarase lo siguiente:

"Primero. La total separación de bienes que corresponden a la sociedad conyugal formada por el demandado y mi poderdante, y que, como consecuencia de este decreto, la cónyuge Virginia Quintero de Solarte tiene la libre administración y disposición de todos sus bienes, sin que en ello pueda intervenir de modo alguno su marido; y

"Segundo. Que está disuelta la sociedad conyugal formada por los dichos Julio Solarte y Virginia Quintero, como consecuencia de la separación total de bienes decretada, y debe procederse inmediatamente en la forma legal al inventario y tasación de éstos y a la porción de gananciales."

Fundó esta demanda en los artículos 154, 543, 198, 199, 1795, 1821, 1824, 204, 1820, 1821, 1822 a 1836 y 1804 del Código Civil, y 929 del Judicial, y en los hechos que a continuación se transcriben:

"a) La señora Virginia Quintero contrajo matrimonio católico con el señor Julio Solarte, en la parroquia de Santa Ana, el día seis de septiembre de mil ochocientos noventa y ocho.

"b) La cónyuge Quintero era, al tiempo de su matrimonio, viuda del señor León Gasca, hombre pudiente, y quien dejó varios bienes raíces y muebles y dinero a su legítima esposa.

"c) Julio Solarte ha sido y es un hombre insolvente, y cuando se casó no aportó al matrimonio ni tan siquiera un par de zapatos, pues nunca había adquirido bienes, y su vida era la de un pobre campesino sin dinero.

"d) Casado ya con la señora Quintero, el señor Solarte se dio a una vida cómoda y libre, sin trabajar, disponiendo de los haberes de su esposa, y comprando con los bienes suyos de ella y con el producto de las ventas de los mismos, algunos otros bienes, que ha hecho figurar como suyos propios, mejor dicho, como adquiridos con dinero perteneciente a él solo o a la sociedad conyugal Quintero-Solarte.

"e) Todos los bienes que figuran como de la sociedad conyugal pertenecen, por máxima de razones, a la señora Quintero, y en la sociedad conyugal el cónyuge Solarte no ha hecho labor alguna por acrecentar o mejorar el patrimonio de la sociedad ni el propio de su esposa.

"f) El cónyuge Solarte no ha hecho feliz la vida conyugal, y, muy al contrario, tiene abandonada a su legítima esposa, a quien no le suministra lo necesario para su vida, ni le permite administrar ni disponer de un solo centavo.

"g) Dicho Solarte ha ultrajado y ultraja siempre de palabra y de obra a su legítima esposa, talmente, que ha hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos.

"h) A tal extremo ha llevado su proceder el cónyuge Solarte, que en la propia casa de su legítima esposa, en Florida, vive con su concubina, en un amancebamiento público y escandaloso, y adulterando de manera tenaz e inadmisible.

"i) El señor Julio Solarte ha abandonado de manera absoluta el cumplimiento de sus deberes de esposo legítimo.

"j) La señora Virginia Quintero de Solarte me ha conferido poder suficiente para hacer esta petición."

Contestó el demandado oponiéndose a la demanda, y negando la mayor parte de los hechos.

El Juez del conocimiento absolvió a Solarte de todos los cargos de la demanda.

El Tribunal Superior de Cali revocó la sentencia del Juez, y en su lugar dispuso:

"1° Declárase disuelta la sociedad conyugal formada por los esposos Julio Solarte y Virginia Quintero de Solarte.

"2° Decrétase la simple separación de bienes en la sociedad antes nombrada; y

"3° Ordénase la liquidación de los bienes sociales, disponiendo, en consecuencia, la entrega a la cónyuge Quintero de Solarte, de los que le correspondan de acuerdo con la ley.

"Sin costas."

El personero del demandado interpuso contra el último fallo recurso de casación, que la Corte admite por reunir para el caso las prescripciones legales, y procede a resolver, mediante las consideraciones siguientes:

El Tribunal estimó que estaban probadas las causales de separación, consistentes en el maltratamiento de palabra y obra, que hacía imposibles la paz y el sosiego domésticos, y el amancebamiento del consorte Solarte.

Fundándose en la primera causal de casación, el recurrente acusa la sentencia por estos motivos:

"1º El Tribunal, al apreciar las declaraciones de los testigos Julio Castaño M., Clímaco A. Ramírez, Fermín V. Pardo, Agustín Velasco, Antonio Cabrera y Lorenzo Hernández, únicas pruebas de las cuales dedujo que estaba probada la causal de separación, consistente en **ultrajes o maltratamientos de palabra y de obra**, violó el artículo 607 del Código Judicial, a causa de un error de derecho y de error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos.

"El artículo 607 del Código Judicial dice:

"Dos testigos hábiles para declarar, que concuerden en el hecho y en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, hacen plena prueba."

"Examínese lo que sobre **ultrajes y maltratamientos** dicen los testigos. El señor Ramírez dice:

"Es verdad que en el hogar de Virginia Quintero de Solarte no reinaban la paz ni el sosiego domésticos, á causa de los malos tratos que ella recibía, de palabra y de obra, de su legítimo esposo señor Julio Solarte, todo lo cual me consta por mi propia percepción, de la vida de dolor y de miseria de la señora Quintero de Solarte ya citada" (folio 6 vuelto, cuaderno 2º).

"Las demás declaraciones son iguales y aun menos explícitas que la transcrita, y en todo caso todas tienen un rasgo común: que hablan de ultrajes y malos tratos, pero en abstracto, pues no especifican **en qué consistían los ultrajes**, ni señalan **un solo hecho de ultraje** o maltrato que los testigos hubieren presenciado, y por tanto, mal pueden estar en ningún hecho de acuerdo en las circunstancias de modo, tiempo y lugar."

En el caso actual, dice el recurrente: los testigos no declaran sobre hecho alguno sujeto a los sentidos, y de los cuales el Juez pudiera sacar deducción del ultraje o el maltrato; de modo que no pueden estar de acuerdo en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y no pueden reunir las exigencias del artículo 607 del Código Judicial; de allí que el Tribunal aprecia indebidamente la prueba testimonial, a causa de un error de derecho y aun a causa de error de hecho evidente; pues basta leer las declaraciones para convencerme que en cuanto a ultrajes o maltrato, los testigos no deponen sobre hecho alguno en que estén de acuerdo.

Violó también el sentenciador, concluye el recurrente, el artículo 539 del Código Judicial, al deducir de las declaraciones anotadas que había plena prueba de los ultrajes, siendo así que tales declaraciones no los demuestran. La violación del artículo 539 debe entenderse en concordancia con la violación ya alegada del artículo 607 del Código Judicial.

Considera la Corte que todos los testigos están de acuerdo, por haberlo presenciado y por haberse dado cuenta por propia percepción, de que era una vida de dolor y de miseria la que llevaba la señora Virginia Quintero de Solarte en el hogar doméstico, a causa de los malos tratos que ella recibía de palabra y de obra de su esposo Julio Solarte. Los testigos es verdad que no especifican cada uno de los maltratamientos que el señor Solarte infería a su esposa, pero sí saben por propia percepción que era una vida de dolor y de miseria la que la señora Quintero soportaba en el hogar, a causa de los maltratos de palabra y de obra de su esposo, lo que denuncia un estado crónico de malestar y desavenencia entre los dos esposos, que hace imposibles la paz y el sosiego domésticos.

La Corte no halla, pues, error evidente de hecho en la apreciación de la prueba de seis testigos contestes, que declaran por directas y propias percepciones, que la cónyuge Virginia Quintero llevaba en el hogar una vida de dolor y de miseria, a causa de los malos tratos de palabra y obra de su esposo señor Julio Solarte. Maltrato de obra, por sí solo significa agresión sobre el cuerpo de una persona; y de palabra, ultraje al honor o a la dignidad de la misma, y no estando justificado el error de hecho, como consecuencia no lo está el quebrantamiento de los artículos del Código Civil que el recurrente cita.

Combate el recurrente también la prueba en que el Tribunal se fundó para admitir que estaba establecido el amancebamiento del marido, otra de las causales de separación de bienes, que sirvieron de base a la sentencia, pues en ésta se decretó la separación de bienes por dos causales: la anteriormente estudiada y el amancebamiento del marido; pero bastando la primera para justificar la separación, y por lo mismo la parte resolutiva de la sentencia, huelga estudiar si el Tribunal erró o nó en la apreciación de la prueba, o si violó o nó disposiciones legales con relación a esta última causal, pues, como se ha dicho, basta la primera para sustentar el fallo.

Pone de presente a la Corte al autor del recurso, que su poderdante llevó al Tribunal, antes de proferir la sentencia, la partida parroquial, en la cual se establece que la demandante, Virginia Quintero de Solarte, falleció el trece de junio de mil novecientos treinta. De suerte que desde entonces, por sustracción de materia, el pleito quedó sin objeto, pues la separación de bienes sólo aprovecha a la mujer. Muerta ésta, el fin de la separación se obtiene para los herederos de la esposa, pues la sociedad conyugal queda **ipso facto** disuelta, y se procede a su liquidación, con efectos iguales y aun más amplios que en el caso de separación.

Cuando una esposa promueve el juicio de separación y muere **inter moras litis**, entiende que el pleito debe terminar por carecer de objeto y por sustracción de materia: **sublata causa, tollitur effectus.**

Pero como el recurrente no hace ninguna acusación a la sentencia, fundado en violación de ley o en errores de hecho o de derecho, por no haber tenido en cuenta la prueba que señala, no es el caso de considerar en casación el punto que alega.

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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Cali el veinticinco de febrero de mil novecientos treinta y uno.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

Justiniano Ríos, por escrito o libelo de demanda, de siete de febrero de mil novecientos veintinueve, demandó en juicio ordinario de reivindicación a Marcelino Salazar, para que con audiencia de éste se declare que es dueño de la propiedad raíz que especifica la demanda, la cual debe restituírsele por el demandado, junto con los frutos naturales que haya producido, tanto los percibidos como los que hubiera podido percibir el actor teniendo la cosa en su poder. Si los frutos no existen o de ellos se hubiere dispuesto, el demandado debe ser condenado al valor que se les asigne por peritos; y condenado, además, a las costas del juicio, si se opone a la demanda.

Corrióse el correspondiente traslado de la demanda, que fue contestado por el demandado y por el señor Bernardo García, a quien, como tradente de la propiedad en litigio, le fue denunciado el pleito.

El Juez del conocimiento desató la controversia por sentencia de primero de agosto de mil novecientos treinta, que es de este tenor:

"1º Justiniano Ríos es dueño de una casa de tapias y tejas con su solar y demás mejoras y anexidades, situada en la Calle de Barrientos, de esta ciudad de Medellín, alindada: por el frente u Ocidente, con dicha calle; por un costado y por el centro, con propiedad de Ramón E. Restrepo, y por el otro costado, con fincas de herederos de Estanislao Alvarez.

"2º Los opositores Bernardo García y Marcelino Salazar están en la obligación de entregarle al actor el citado inmueble, seis días después de ejecutoriada esta sentencia.

"Le pagarán los frutos percibidos, los que hubiera podido percibir el actor con mediana inteligencia y cuidado, desde la fecha de la notificación de la demanda.

"No se condena en costas a Marcelino Salazar; se condena en las costas del juicio a Bernardo García, las agencias y trabajos en derecho se estiman en cien pesos."

Apeló de ese fallo Bernardo García para ante el Tribunal Superior de Medellín, y éste, después de la tramitación de rigor, confirmó la sentencia del Juez a quo, por medio de la suya, de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y uno, con la sola reforma de no condenar en costas al apelante, que le impuso el fallo de primer grado; como también se abstuvo de hacer igual condena en segunda instancia.

El mismo García, en escrito de veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y uno, interpuso recurso de casación, que el Tribunal le concedió en providencia de fecha once de febrero de mil novecientos treinta y dos, previo el avalúo de la acción.

El día veintisiete de abril del año en curso, fue recibido en la Secretaría de la Corte este proceso, sin papel sellado. Por adjudicación fue repartido a uno de los suscritos Magistrados, el diez y seis del mes que corre.

Del veintisiete de abril hasta el diez y seis del presente mes, han transcurrido más de los sesenta días de que habla el artículo 353 del Código Judicial, sin que las partes hubieran cumplido con el deber legal de suministrar para el repartimiento, dos hojas de papel sellado por lo menos.

Se está, pues, en el caso contemplado en la disposición citada, y, en consecuencia, se resuelve: declárase ejecutoriada la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín el veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y uno.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Con poder de Manuel José Arango C., Pablo Cardona promovió demanda ordinaria ante el Juez del Circuito de Girardota contra Plácido Londoño, para que con su audiencia se hagan los siguientes reconocimientos:

"Primera. Que el señor Plácido Londoño está en la obligación de pagarle a mi poderdante, señor Manuel José Arango C., dentro de los seis días siguientes, la cantidad de mil novecientos pesos ($ 1,900) oro, como valor de los perjuicios por el daño inferido por culpa de Londoño, al pedir indebidamente un secuestro de varias cabezas de ganado mayor, de las cuales era poseedor Arango C., según los hechos expresados en esta demanda.

"Segunda. Que en caso de no hacerse la declaratoria anterior, el demandado señor Londoño está en la obligación de pagarle al señor Arango, mi mandante, el valor que a tales perjuicios le asignen peritos, bien sea en este juicio o en otro distinto, en el cual no se decidirá la obligación de pagar sino su cuantía.

"Tercera. Que debe pagarle las costas de este juicio, si insistiere en sostenerlo."

Como fundamentos de derecho adujo el demandante las disposiciones de los artículos 929 del Código Judicial; 1º de la Ley 39 de 1921; 1602, 1609, 1613, 1614, 1615, 1618 a 1624, 2341 y 2342 del Código Civil, y los siguientes hechos:

"1º El señor Londoño dio a mi poderdante, a principios del año de mil novecientos veintiséis, varias cabezas de ganado a utilidades en compañía, cuyo contrato se hizo constar en un documento privado, de fecha tres de enero de ese año.

"2º Mi poderdante administró la Compañía de ganados con toda pulcritud y honradez, en términos que día por día se aumentaba el valor de ese ganado, y, por lo tanto, le reportaba buena utilidad, lo mismo que al señor Londoño.

"3º Posteriormente el señor Londoño mencionado, sin razón ninguna, pidió el secuestro y embargo preventivos del ganado, de todo, que mi mandante administraba y del cual tenía ya el dominio, dirigiendo su acción contra Roque Londoño, quien se había sustraído el ganado fraudulentamente de la finca de propiedad de mi poderdante, donde estaba, y en horas en que Arango C. se hallaba ausente.

"4º El señor Juez Municipal de San Roque accedió a lo pedido por Plácido Londoño, y el veintiuno de julio de mil novecientos veintiséis hizo el secuestro de las siguientes cabezas de ganado: diez y nueve vacas criando,

diez y nueve reses entre terneros y novillas, un toro y un buey.

"5º El señor Plácido Londoño me instauró en seguida una demanda ordinaria para que se declarase en sentencia definitiva que él era el dueño absoluto de las cabezas de ganado determinadas en el hecho anterior, sentencia que le fue adversa.

"6º Fácilmente se comprende que el señor Plácido Londoño, al dirigir la demanda contra mi poderdante, le dio la razón de que era éste quien tenía el dominio y posésión de ese ganado, como lo tenía en realidad, tenencia de la cual se le despojó con argucias y aprovechándose de su ausencia, como se demostrará plenamente, llegado el caso; pues bien claro lo dicen las órdenes de las autoridades y las diligencias de prisión y capturas del presunto demandado y sus hijos, entre éstos el secuestrado Roque Londoño.

"7º Con el secuestro y embargo preventivos, el señor Plácido Londoño le ha causado a mi mandante enormes perjuicios, pues se le despojó, por asalto, de la tenencia de unas cabezas de ganado mayor, entre ellas diez y ocho vacas de leche, cuyas utilidades hoy día ascienden a más de mil novecientos pesos ($ 1,900) oro."

El demandado no contestó la demanda, después de un incidente de excepciones dilatorias que propuso. El Juez absolvió al demandado, por sentencia de nueve de agosto de mil novecientos veintinueve. El apoderado del demandante interpuso apelación contra dicho fallo, que el Tribunal confirmó, por sentencia de doce de junio del año siguiente.

La misma parte recurrió en casación contra dicho fallo. El recurso es admisible, y procede la Corte a decidirlo.

Aunque ante el Tribunal el recurrente alegó tanto la causal primera como la segunda de las que reconoce el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, sólo fundó ante la Corte la primera causal. Con apoyo en ésta, se acusa la sentencia como violatoria en primer término de los artículos 2341, 2342, 2343 y 2356 del Código Civil, que reglamentan el alcance de la indemnización por delitos y culpas.

Considera el recurrente que el Tribunal violó estas disposiciones por error de derecho, al estimar que para que prosperara la acción de perjuicios, "era necesario que el demandante hubiera acreditado que entre Plácido y Roque Londoño hubo una maquinación para hacerse el último al ganado materia del contrato; que el último se robó el ganado o lo sustrajo contra la voluntad del administrador, y que el ganado era de propiedad de la Compañía Londoño Arango; o demostrar la afirmación (hecho 3º de la demanda), de que al verificarse el secuestro, el ganado ya no era de la Compañía, porque había entrado en el patrimonio de Arango C."

Arguye el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta que está acreditado y admitido en este juicio que Manuel José Arango C. era el administrador del ganado en compañía, y que él tenía la posesión de las reses, y por consiguiente un interés directo y legítimo de usufructuar dicho ganado, responsable de él, y derecho para poseerlo, circunstancias que prevé el artículo 2342 del Código Civil, para reconocer a favor de Arango C. la indemnización de perjuicios, la cual le fue desconocida por el fallo por mala apreciación de la cuestión jurídica planteada, y a consecuencia de haber restringido, sin ser el caso, el criterio legal que rige la indemnización a los solos eventos contemplados en la sentencia, violando así la última disposición citada, así como la de los artículos 2341, 2343, 2344 y 2356 de la misma obra.

Se considera:

Como lo dice el Tribunal, no se trajo a los autos la prueba del contrato entre Londoño y Arango, sobre el negocio de ganado en compañía, de que tratan los hechos 1º y 2º de la demanda. No hay sobre eso en autos sino la referencia que hace la sentencia de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos veintisiete, que en copia se trajo al expediente. Admitiendo en esa parte tal referencia, también hay que admitir lo que dicho fallo expresa, de que después de estar aquel ganado en poder de Arango C., como administrador, por desavenencias entre él y Londoño, ambos convinieron, y así lo hicieron constar como resultado de una querella de policía, que vendieron dicho ganado a Juvenal Tobón, quedando pendiente únicamente lo relativo a la utilidad que correspondía al contratante Arango C.; pues el mismo fallo dice que si bien Arango C. alegó que no se había hecho la tradición o entrega del ganado, no logró comprobar este hecho, y al contrario, Plácido Londoño logró establecer, con testigos, que sí había hecho una entrega.

"Más: que Arango C. puso el ganado a disposición de Tobón, que autorizó para sacarlo."

Parece, pues, según dicho fallo, que Arango C. dejó de ser administrador del ganado por el contrato celebrado por él y Londoño con Tobón. Después vino el secuestro, y para llevarlo a cabo, el ganado fue encontrado en poder de Roque Londoño, no de Arango. El último alega que fue privado de la tenencia del ganado por Roque Londoño, a virtud de confabulación habida entre éste y Plácido del mismo apellido. Caso de haber ocurrido tal maquinación, Arango tendría derecho a la indemnización que demanda; pero es lo cierto que no habiendo comprobado dicho demandante aquella maquinación ocurrida antes del secuestro, no hay base para el reconocimiento de la indemnización demandada, ni para el error que alega el recurrente. El cargo es, pues, infundado.

Segundo cargo.

Violación de las mismas disposiciones citadas en el cargo anterior por error de hecho evidente del Tribunal en la interpretación de la demanda. Anota el recurrente que el Tribunal incurrió en este error, al considerar, como consideró, que en el libelo de demanda se propuso como base única de la indemnización de perjuicios el hecho de que a la fecha del secuestro preventivo instaurado por Plácido Londoño, Arango C. era dueño del ganado, concepto que el recurrente considera erróneo, porque el Tribunal no pára mientes en que el demandante empieza por afirmar en su libelo, y que así aparece de la sentencia ejecutoriada que obra en autos, que él había recibido el ganado en compañía, que era usufructuario de él, interesado en las utilidades y pérdidas que ocurrieran en su administración. Que tal es el hecho simple y ostensible, evidentemente claro en el juicio. De modo que al considerar el Tribunal que sólo se había alegado en la demanda el hecho de haber sido despojado el demandante como dueño del ganado, y no tener en cuenta que Arango C. alegó también, como fundamento de la indemnización de perjuicios, el hecho antes anotado de la tenencia del ganado, cuando tuvo

lugar el secuestro de éste, incurrió el Tribunal en error de hecho en la interpretación de la demanda, error que lo llevó a violar los artículos 2341, 2342 y 2356 del Código Civil

Se contesta:

Este cargo tiene la misma respuesta que el anterior, porque, de un lado, el Tribunal se fundó para negar la indemnización demandada, no solamente en el hecho de no haber comprobado el actor que era propietario del ganado, sino en no haber comprobado tampoco que estuviera en posesión o en la tenencia de aquél al tiempo del secuestro; y de otro lado, porque aun en el caso de que el Tribunal no hubiera tenido en cuenta que el demandante había alegado también el hecho de la posesión y la tenencia, esa inadvertencia no sería suficiente para casar la sentencia, porque es lo cierto que no aparecen comprobadas estas dos circunstancias. El hecho anotado en el fallo, que en copia obra en autos, de haber vendido los contratantes Londoño y Arango el ganado a Juvenal Tobón, con anterioridad al secuestro, hace creer más bien que Arango C. había perdido la tenencia de él, máxime cuando al tiempo del secuestro el ganado fue encontrado en poder de Roque Londoño. En todo caso no hay fundamento sólido en los autos para concluír que Arango C. era poseedor o tenedor del ganado al tiempo del secuestro en su condición de administrador de la Compañía que había constituído con Plácido Londoño, y que al no reconocerlo así, el Tribunal hubiera violado las disposiciones que cita el recurrente, negando la indemnización demandada.

Tercer cargo.

Violación de los artículos 2343 y 2344 del Código Civil. En parte de su fallo, el Tribunal dijo:

"Seguramente el secuestro se inició a base de una acción real, porque la demanda subsiguiente fue de dominio, y fallada por falta de pruebas. (Se refiere al juicio de dominio de Londoño contra Arango C.). En esa providencia dice el Juez:

'El poseedor del ganado que se reivindica era, al tiempo de incoarse la acción, el señor Roque Londoño. Y porque era el poseedor, le fue secuestrado el treinta y uno de julio, y bien claro lo dice la primera petición de la demanda (la que fue materia del fallo, que en copia figura en autos), que ese ganado es precisamente el que debe entregarse.'

"El mismo actor dice en su memorial, folio 36:

'En poder del señor Roque Londoño se hallan los siguientes semovientes que me pertenecen exclusivamente (sigue la especificación del ganado)'.

"Erró, pues, el actor al dirigir la demanda contra Arango C., que no era poseedor."

Según lo anterior—continúa el Tribunal—ha debido comprobar en este juicio Arango que hubo una maquinación entre Plácido y Roque Londoño para hacerse el último al ganado, favoreciendo así el secuestro; que el último se robó el ganado o lo sustrajo contra la voluntad del administrador; que el ganado era de propiedad de la Compañía Londoño-Arango, o demostrar la afirmación (hecho 3°) de que al verificarse el secuestro el ganado ya no era de la Compañía, porque había entrado a su patrimonio exclusivo. Recuérdese que en el fundamento citado dice el apoderado de Arango:

"Posteriormente el señor Londoño (Plácido), sin razón ninguna pidió el secuestro y embargo preventivo del ganado, de todo, que mi mandante administraba, y **del cual tenía ya el dominio**....."

Es, pues, incuestionable—dice el Tribunal—que para la viabilidad de la presente acción por perjuicios, se ha debido demostrar que los ganados a la fecha del secuestro eran de propiedad del actor, o estaban en su posesión o bajo su tenencia, tal como se afirmó en el hecho 3°. La consideración que en el hecho 6° se hace no es lógica, porque el hecho de demandarse a determinado poseedor en acción de dominio, no es confesión de dominio ni de posesión en pro del opositor. Desde luégo el dominio queda descartado por la misma acción que párte de la base de ser el demandante (Arango) el propietario; ni lo es de posesión, porque la sentencia aceptó que la posesión del ganado estaba en manos de Roque Londoño, y a ello asiente la actual demanda, en el hecho 3°. Porque lo que dice el hecho 7°, los perjuicios se ocasionaron más directamente por un tercero, dado que se confiesa en el hecho 3° que el ganado fue sustraído por Roque Londoño antes del secuestro. Este se verificó sin relación a determinada persona, porque provenía de una acción real, y se encontraron en poder de un ladrón (hecho 3°), es lógico que el propietario, a quien no escuda la presunción de dominio por no estar al momento del secuestro con la detención de los ganados, ha debido empezar en esta acción por demostrar el fraude del tercero, para evidenciar así su dominio o su tenencia, y tener, para una de esas causas, derecho a perjuicios."

Dice el recurrente que el Tribunal incurrrió en error evidente en los conceptos anteriores, y violó por ello las disposiciones citadas al principio de este cargo, dejándolas de aplicar, apreciando que en el caso del pleito el demandante Arango C. admitió y fundó su demanda en que un tercero fúe el autor de los perjuicios, al afirmar que el nombrado demandante reconoció en el hecho 3° de la demanda que el ganado fue sustraído por Roque Londoño antes del secuestro, y que éste se verificó sin relación a determinada persona, porque provenía de una acción real. Que estos conceptos implican un error de hecho evidente, porque la demanda no se fundó en que los perjuicios fueron causados por Roque Londoño, sino que ellos provienen de la sustracción fraudulenta del ganado en ausencia de Arango C., y para obtener los fines del secuestro; que estos hechos, aunque aislados, imputables a Roque y Plácido Londoño separadamente, no pueden ni deben considerarse desvinculados el uno del otro, pues que se trata de una culpa proveniente de hechos que engendran perjuicios consumados por el secuestro, y en estos casos los artículos 2343 y 2344 del Código Civil establecen responsabilidad solidaria por la culpa, el fraude o dolo, responsabilidad de que no puede librarse Plácido Londoño—anota el recurrente—con decir, como lo entiende el Tribunal, que aquí no se demandó a Roque Londoño, porque no era necesario que éste interviniera en el presente juicio, comoquiera que los perjuicios demandados vinieron a causarse con la ejecución del secuestro instaurado por Plácido Londoño. Que al estimar el Tribunal que para reconocer los perjuicios debió demostrarse el fraude empleado por Roque Londoño, incurrió en un nuevo error de hecho, ya que está comprobado el perjuicio inferido por uno de sus autores responsables solidariamente.

Se considera:

Si, como lo sostiene el autor del recurso, la demanda se fundó en la sustracción fraudulenta del ganado por parte del demandado Plácido Londoño, no incurrió el Tribunal en error de hecho, al decir que para que prosperara la acción contra dicho demandado, debió comprobarse el fraude o dolo de parte de éste y la confabulación con Roque del mismo apellido para la sustracción del ganado, porque, conforme al artículo 1516 del Código Civil, el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás casos debe probarse. El hecho aislado del secuestro, obtenido a petición de Plácido Londoño, no es suficiente para deducirle responsabilidad a favor de Arango C., sin constar que éste gozara siquiera de la tenencia del ganado al tiempo del secuestro. El artículo 2341 del Código Civil, uno de los que el recurrente considera violados, establece que 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. Lo cual quiere decir que si el perjuicio se demanda por dolo o fraude, éste debe probarse, y si el perjuicio que se demanda proviene de culpa de otro, debe acreditarse que el demandado ha incurrido en ella, sea por un hecho o por una omisión suya. Ahora, como lo dice el Tribunal, el demandante no ha comprobado en este juicio que Plácido Londoño se hubiera servido de dolo o maquinación alguna de esta clase para privar al primero de la posesión o tenencia del ganado; ni que el mismo demandante lo hubiera adquirido por título distinto del que antes tenía y habido con anterioridad al secuestro. Tampoco aparece prueba de que Roque Londoño hubiera entrado en combinación indebida con Plácido del mismo apellido para llevar a cabo el secuestro, y así fuera indiferente por razón de la solidaridad en el hecho indebido de ambos, exigir responsabilidad del uno o del otro, que es lo que establecen las disposiciones invocadas por el recurrente. El cargo no es, pues, fundado.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a casar, y no casa, la sentencia de fecha doce de junio de mil novecientos treinta, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este juicio. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de febrero último.

En Bogotá, a 1º de marzo de 1934, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Presidente de la misma, doctor Trujillo Arroyo, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de febrero último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	97
Entrados en el mes	21
Total	118
Estos negocios se hallan:	
Devueltos a los Tribunales	25
En comisión	6
Archivados	2
En poder del Procurador	4
Con proyecto	6
Al estudio	2
En actuación	74
Total	119
De este total se deducen 25 devueltos a los Tribunales, 2 archivados y 2 acumulados a otro (al sumario que se sigue contra los Magistrados del Tribunal Superior de Buga)	29
Quedan pendientes	90

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 12 sentencias y 18 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo, los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 16; el doctor González Torres, 10, y el doctor Trujillo Arroyo, 12.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Con fecha diez de junio de mil novecientos treinta, el Juzgado 2º del Circuito de Buga abrió causa criminal contra Salomón Saavedra Escobar y José Manuel Villafañe, por los delitos de robo y hurto de ganado mayor, de seis y tres meses, respectivamente, y con posterioridad, en otra investigación y por hechos delictuosos distintos, el mismo Juzgado abrió causa criminal contra los mencionados Saavedra y Villafañe por el delito de hurto de dos reses.

Fueron acumuladas esas dos causas, y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, en providencia de fecha septiembre treinta del mencionado año, decidió el recurso de apelación que se había intentado contra esos dos autos, reformando el de treinta de junio, en el sentido de llamar a juicio únicamente por hurto, y confirmándolos en todo lo demás.

Adelantado el juicio, el Juez de primera instancia pronunció sentencia condenatoria con fecha enero veintinueve de mil novecientos treinta y uno, cuya parte resolutiva dice:

"Primer delito.

"Conforme a los artículos 795 y 796 del Código Penal y 2º de la Ley 60 de 1911, corresponden a Villafañe dos años seis meses de presidio (seis reses por valor de $ 425).

Pero como es reincidente, hay que aumentarle por este concepto (artículo 142, Código Penal, inciso 3°), otros treinta meses, y quedan sesenta meses, o sean cinco años.

"A Saavedra, como no se le puede considerar reincidente, la pena será de treinta meses.

"Segundo delito.

"(Tres reses por valor de $ 195). En tercer grado, como el anterior. Conforme a los artículos citados, corresponden a Villafañe veintiséis meses de presidio, mas como es reincidente y se debe aplicar el artículo 142, inciso 2° del Código Penal, se le aumentan otros veintiséis meses y quedan cincuenta y dos meses, o sean cuatro años y cuatro meses.

"A Saavedra, como no se le puede considerar reincidente, la pena será de treinta meses.

"Tercer delito.

"(Dos reses por valor de $ 80). En tercer grado. Pena para Villafañe, conforme a las disposiciones citadas: dos años de presidio. Aumento por reincidente, otros dos años. Total: cuatro años.

"A Saavedra, únicamente le tocarán dos años.

"Por todo lo expuesto, no observándose motivo alguno de nulidad que invalide lo actuado, el Juzgado 2° del Circuito de Buga, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa calificación de la delincuencia en el tercer grado, y teniendo en cuenta el carácter de reincidente de uno de los reos, condena a los enjuiciados José Manuel Villafañe y Salomón Saavedra Escobar, ambos mayores de edad, y vecinos del Distrito de Guacarí, por el delito por que fueron llamados a responder en juicio, a las siguientes penas:

"Primera. A José Manuel Villafañe, a trece años cuatro meses de presidio, que pagará en el establecimiento que designe el Gobierno.

"Segunda. A Salomón Saavedra Escobar, a seis años ocho meses de presidio, que igualmente pagará donde lo determine el Gobierno.

"Tercera. A ambos se les condena a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, y a la privación perpetua de los derechos políticos; a quedar sujetos a la vigilancia de las autoridades; a quedar inhabilitados perpetuamente para obtener empleo o cargo público; y al pago de las costas procesales y de los perjuicios sufridos por los perdidosos.

"Cuarta. Al reo Villafañe se le condena, además, a dar fianza de buena conducta para obtener la libertad al extinguir la pena principal, por ser reincidente.

"Estas últimas se imponen conforme a los artículos 42, 804 y 809 del Código Penal y 2° de la Ley 60 de 1911.

" A cada uno de los reos se le deducirá como parte cumplida de la pena corporal que se les impone, el tiempo que hayan permanecido en detención preventiva por motivo de esta causa, cuya liquidación se hará a su debido tiempo."

El Tribunal, con fecha octubre siete del mismo año, sin tomarse el trabajo de hacer un estudio del proceso, como era su obligación, y con una parte motiva diminuta y por demás deficiente, lo que merece una censura, confirmó el fallo de primer grado.

Los procesados interpusieron recurso de casación, habiéndolo tratado de fundar sólo Villafañe. Mas el Procurador, como se verá más adelante, y en cumplimiento de lo que dispone el artículo 5° de la Ley 118 de 1931, se encargó de ampliar y fundar el recurso para ambos, por lo cual es el caso de entrar en un estudio de fondo.

Con base en las causales primera y tercera del artículo 3° de la Ley 118 de 1931, aun cuando la primera no la menciona expresamente, pero de sus alegaciones se deduce que a ella se refiere, el Procurador presenta varios reparos contra la sentencia del Tribunal, los cuales se examinarán por separado.

Primer reparo.

Sostiene que en el proceso no se ha comprobado uno de los elementos que constituyen la presunción contenida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1918, o sea la mala conducta anterior de los acusados, presunción que tuvieron en cuenta los Jueces de instancia para condenar, y que es del siguiente tenor:

"..... constituye presunción legal de que un individuo de mala conducta anterior, debidamente comprobada, consistente en actos lesivos del derecho de propiedad, es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, si no explica satisfactoriamente el modo legítimo de adquisición, y no comprueba plenamente los hechos en que funda tal explicación, y siempre que, por otra parte, esté plenamente comprobado el cuerpo del delito."

El Juez tuvo en cuenta para establecer la mala conducta anterior de los procesados, una sentencia dictada contra José Manuel Villafañe, en la que fue condenado a dos años de presidio por hurto de ganado mayor, y una sentencia policiva en contra de Salomón Saavedra, por haber verificado unos pagos con cédulas bancarias que ya habían sido mandadas recoger.

Estima el Procurador que no está comprobada la identidad que establezca, sin lugar a duda, que los condenados en esos fallos son los mismos a quienes se les atribuye la comisión del hecho materia del nuevo juzgamiento, de todo lo cual se deduce que se violó la ley penal, aun cuando no cita artículo alguno, por habérseles condenado sin existir la prueba completa de su responsabilidad.

Se considera:

El mismo Procurador reconoce la comprobación en el proceso de los siguientes elementos: el hecho de haberse encontrado en poder de Villafañe y Saavedra las reses hurtadas; no haber dado éstos explicación del modo legítimo como las adquirieron y la comprobación del cuerpo del delito en sus elementos constitutivos.

En cuanto al otro elemento, o sea la mala conducta anterior de los procesados, consistente en actos lesivos del derecho de propiedad, también aparece suficientemente acreditado. En efecto: de ese elemento no se hizo mención en las sentencias, y cuando quizá los acusados podían estar ya en la imposibilidad de valerse de los medios necesarios y amplios para contradecir la falta de identidad, o sea para poner de presente que las personas a que se referían esos fallos anteriores no eran las mismas de este proceso. Tal cargo se formuló con la mayor nitidez y precisión desde el auto de proceder, sin que por parte de los procesados ni de sus defensores hubiera existido durante todo el curso del juicio, la menor objeción o reclamo. De suerte que ellos mismos recono-

cieron en esa forma que sí se trataba de unas mismas personas.

Algo más: comparando la profesión, edad, vecindad, estado y religión, coinciden esos datos en su mayor parte, tanto en los fallos anteriores como en las constancias de este expediente. De suerte que por este aspecto el reparo que presenta el señor Procurador no es fundado, y, por tanto, no puede prosperar.

No está por demás advertir que fuera de la presunción mencionada, el Juez tuvo en cuenta otros hechos, verdaderos indicios graves de responsabilidad, tales como las notorias contradicciones en que incurrieron los condenados, y la circunstancia importantísima de haberlos desmentido algunos de los testigos que citaron para comprobar la procedencia legítima de algunos de los semovientes.

Segundo reparo.

Con el mismo fundamento anterior ataca el Procurador la condenación que a Villafañe se le hizo como reincidente, pues la misma falta de identidad, dice, deja incompleta la prueba para aumentarle la pena por ese aspecto.

Se considera:

Si, como ya se vió, aparece plenamente comprobado que José Manuel Villafañe, condenado en la sentencia anterior, es el mismo que como procesado figura en este nuevo juicio, y si, por otra parte, se encuentran reunidos los demás requisitos para agravar la pena por efectos de la reincidencia, no hay duda que el reparo que por este otro aspecto se presenta contra la sentencia acusada no tiene tampoco fundamento.

Tercer reparo.

En cuanto a la investigación que se desarrolló en virtud del denuncio peresentado por el señor Gustavo Cabal, hace el Juez la siguiente apreciación:

"No es posible suponer siquiera que el hecho de la sustracción de los nueve animales se llevara a cabo en un solo acto por los ya responsables Saavedra y Villafañe, porque, desde luégo que está comprobado que de la hacienda **Cananguá** únicamente desaparecieron seis, a saber: tres, que pertenecen a la señorita Rosalina Cabal, con esta marca (J); una de Francisco Reina, con esta señal .., y dos de propiedad de don Ignacio Saavedra, con esta otra marca .., **hay que concluír** que las otras tres fueron sustraídas de otro lugar, y, por consiguiente, en un acto completamente distinto, que engendra, como consecuencia lógica, un delito también distinto; porque, precisamente, los delitos de esta índole se caracterizan de manera especial por la instantaneidad con que ellos se consuman, de tal manera que hay que convenir necesariamente que fueron dos, **cuando menos**, los actos lesivos del derecho de propiedad ejecutados por tales individuos, máxime si se tiene en cuenta que posteriormente se ha logrado establecer que las tres últimas reses **seguramente** fueron extraídas de la finca llamada **La Cabaña**, de propiedad del mismo señor Saavedra, damnificado (folios 67 vuelto y 68); pues mediando esta consideración, **lo lógico es suponer** que entre esta hacienda y la de **Cananguá** debe existir alguna distancia, aunque sea ínfima, y por tanto, la separación de los dos actos delictuosos parece inconfundible: el uno tuvo necesariamente que consumarse antes que el otro."

Refiriéndose a este punto, y especialmente a este pasaje del fallo, dice el Procurador:

"En el curso de la investigación fueron halladas nueve reses de las perdidas en poder del señor Miguel Vásquez, quien comprobó suficientemente que las había comprado a José Manuel Villafañe y a Salomón Saavedra. Resultó luégo que esas nueve reses, tres tenían la marca de la señorita Rosalina Cabal, una la del mayordomo Reina, y las cinco restantes, la del dueño del ganado, que Ignacio Saavedra había llevado a **Cananguá**, la hacienda o potrero del señor Cabal.

"Esto da fundamento para creer con alguna certeza que esas nuevas reses vendidas al señor Vásquez por Villafañe y Saavedra, hacen parte de las veinte que Cabal dijo se le perdieron de **Cananguá**, y que las cinco que tenían la marca del dueño del ganado llevado por Ignacio Saavedra a ese potrero hacen parte de este ganado.

"Pero como Cabal en su denuncio había dicho que de las reses perdidas se encontraron cinco en el potrero del **Trejo**—que administraba Miguel Vásquez—pertenecientes tres de ellas a la señorita Rosalina Cabal, una al mayordomo Reina y la otra a Ignacio Saavedra, al aparecer en poder de Vásquez, no cinco sino nueve, y cinco de éstas con la marca que tenía el ganado entregado por Saavedra a Cabal, ya que éstos explicaron que de este ganado se perdieron de **Cananguá** dos reses, y que las otras tres debieron perderse de la hacienda **La Cabaña**, en donde Saavedra tenía otro ganado con la misma marca, del cual también se habían perdido algunas unidades.

"Hé aquí el fundamento para que el Juez y el Tribunal dedujeran hipotéticamente dos delitos de hurto de ganado mayor en contra de los procesados, y para que, mediante esta bifurcación, los condenaran a las penas correspondientes por cada uno de ellos."

Lo que el señor Juez dice que se logró establecer posteriormente, a folios 67 vuelto y 68, es precisamente lo que nada establece en punto a la comisión de un segundo delito. Porque las dos declaraciones de Cabal y Saavedra, allí visibles, no aseguran que las tres reses hubieran sido sustraídas de **La Cabaña**, sino que, sin dar razón de su dicho, dicen en ellas los declarantes que seguramente fueron sustraídas de aquella finca. Esta forma, antes que fundar una certeza, da la idea de que los declarantes ignoran si de la finca de Saavedra fueron sustraídas las tres reses, y apenas se lo suponen.

Ante la debilidad del argumento fundamental para la bifurcación del delito de hurto de las nueve reses, se impone la conclusión de que no hay prueba de la existencia del cuerpo del segundo delito por que se condenó a cada uno de los reos Villafañe y Saavedra a la pena de veintiséis meses de presidio, y al primero, como reincidente, a un aumento de otros veintiséis meses, y, por consiguiente, se impone también la declaración de que aparece notoriamente establecida la causal de casación tercera del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sea "ser la sentencia violatoria de la ley penal, por cuanto ha habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito."

Se considera:

Respecto de los nueve semovientes que fueron hurtados por Saavedra y Villafañe, lo cual apareció debidamente comprobado en la investigación seguida en virtud del denuncio presentado por Gustavo Cabal, el Juez

estimó que se habían cometido dos delitos de hurto, o sea el uno consistente en la sustracción de seis semovientes de la hacienda de **Cananguá**, y los otros tres de la hacienda llamada **La Cabaña**, y en armonía con esa deducción se impuso pena por cada uno de esos delitos, considerándolos como distintos.

En realidad, no aparece la plena comprobación de que los procesados hubieran sustraído por medio de actos distintos, separados e independientes, seis semovientes por una parte y tres por la otra. Lo que declaran los testigos citados por el Juez para llegar a esa conclusión, o sea Gustavo Cabal e Ignacio Saavedra, es muy vago, y deja la impresión de que ellos mismos no tienen seguridad de cuál de las dos fincas mencionadas fueron sustraídos los tres últimos semovientes, o si todos estaban en la misma, pudiendo haber sido hurtados a un tiempo.

Ante esa duda, la interpretación tiene que ser la más favorable, o sea la de que todos los semovientes fueron sustraídos de la misma finca de **Cananguá**; en un mismo acto, y, por tanto, únicamente existe un delito de hurto de todos ellos.

La circunstancia de que no se aprecien como dos delitos de hurto, no quiere decir que se haya de tener en cuenta en el hurto sólo la cuantía en que fueron avaluados los seis primeros, sino también la que corresponde a los otros tres semovientes, por estar debidamente comprobado que estos últimos también fueron materia del hurto.

De suerte que este tercer reparo está justificado.

Cuarto reparo.

"El artículo 796 del Código Penal, al establecer la sanción por el delito de hurto cuya cuantía es mayor de cien pesos, dispone lo siguiente:

'Si se excediere de cien pesos, se impondrán proporcionalmente de uno a dos meses más de presidio por cada cien pesos de aumento.'

"Todo exceso que no alcance a cien pesos, se despreciará."

Por el delito de hurto de las tres reses de que acaba de hablarse, en el caso de que existiera probada su existencia como hecho punible independiente, correspondería en el grado tercero, en que fue calificado, y de acuerdo con el artículo 795 del Código Penal, un año de presidio, elevado al doble por ministerio del artículo 2° de la Ley 60 de 1911, hasta concurrencia de la cuantía de cien pesos. Por el exceso proporcional de cada cien pesos, si él existiera, correspondería, de conformidad con el artículo 796 que se deja copiado, un mes, elevado también al doble. Pero como en este caso no hay exceso que llegue a cien pesos, sino que es el de noventa y cinco pesos, porque las tres reses fueron avaluadas en ciento noventa y cinco pesos únicamente, había que despreciar ese exceso para cumplir lo dispuesto en el segundo inciso de ese artículo de los aumentos. El Juez y el Tribunal no lo hicieron así, pues aumentaron la pena en dos meses, como pena proporcional al exceso de los noventa y cinco pesos, y hé aquí cómo dieron lugar a la causal de casación de "ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta y por indebida aplicación de la misma."

Como esta tacha se refiere a la cantidad de la pena, como ésta necesariamente tiene que variar en virtud de aceptarse el tercer reparo, según lo que se dejó examinado, forzosamente hay que dejar este capítulo de la demanda para tenerlo en cuenta al dictar la sentencia de instancia que deba reemplazar la del Tribunal.

Quinto reparo.

"En el caso de que la reincidencia de Villafañe estuviera debidamente comprobada, era de aplicación preferente el artículo 2° de la Ley 105 de 1922, según el cual a los reincidentes en esta clase de delitos contra la propiedad se les impondrá por la primera reincidencia tres años de relegación en una colonia penal, seis por la segunda y nueve por las demás.

"Yo he creído que en estos casos las reincidencias se castigan con estas penas, y no con las que establece para los casos generales el artículo 142 del Código Penal, ni con unas y otras al mismo tiempo. Así lo he sostenido otras veces. Pero sea porque mi tesis prospere o sea porque la honorable Corte no la acoja, es lo cierto que en el primer caso hubo en la sentencia acusada aplicación indebida de la ley penal, porque aplicó el artículo 142 del Código de las penas al caso de reincidencia en delitos contra la propiedad, y no el 2° de la Ley 105, que cité enantes, o en el segundo se dejó de aplicar este artículo, y ello constituye un error judicial de graves consecuencias."

Tanto el Juez como el Tribunal no tuvieron en cuenta la disposición especial consignada en el artículo 2° de la Ley 105 de 1922, invocada por el Procurador; pues según éste el aumento de la pena por reincidencia no se verifica en la forma que establece el artículo 142 del Código Penal, sino que sólo se aplica relegación a una colonia penal y agrícola, a razón de tres años por la primera reincidencia, de seis por la segunda y de nueve por las demás, sin perjuicio de la pena que corresponda al delito por que se le juzga.

Es posible que el legislador del año de 1922 hubiera tenido la intención de agregar para esta clase de delincuentes a la pena que por reincidencia señala el Código Penal en el artículo 142, la accesoria de relegación a una colonia penal y agrícola, por la frecuencia con que entonces se cometía esa clase de delitos. Pero dada la forma como aparece redactado el artículo 2° de esa Ley y año citados, no se puede, sin violar su texto expreso y sin violar los principios que rigen sobre la interpretación en materia penal, aceptar una conclusión distinta de la que se acaba de consignar en este fallo en armonía con la respetable opinión del Procurador.

Es posible también que el legislador de ese año tuviera en cuenta que es más provechoso para la sociedad y para esa clase de delincuentes el que, en vez de mantenérseles en el presidio, en donde el trabajo es muy limitado, se les llevara después de algún tiempo a una colonia penal y agrícola, en donde hay mayores facilidades para infundirles deseos de trabajo, apego a la tierra y al cultivo, pudiendo obtenerse así una reforma y una mejora en sus hábitos, y tendencias que no siempre se obtienen en la penitenciaría.

De suerte que este reparo también es fundado.

Sexto y último reparo.

"El artículo 3° de la misma Ley 105 de 1922 prescribe que, cuando al acusado (por los delitos a que ella se refiere) se le condene a una pena mayor de dos años de presidio, cumplirá en éste los dos años de la pena indicada, y el resto de dicha pena, con la correspondiente a la reincidencia, en la colonia penal a que se le destine. Es evidente que esto debe determinarlo la sentencia, para que al ejecutarla, se cumpla lo dispuesto en ella,

y no se deje sin cumplimiento la disposición citada. Es cuestión de distribución de la pena para el efecto de dar la forma como ésta debe cumplirse, y elio incumbe al Juez que pronuncia el fallo y no a la autoridad política que debe ejecutarlo."

Este reparo, dice el mismo Procurador más adelante, no puede fundar un motivo de casación, y anuncia que sólo lo presenta para subrayar la manera incorrecta y descuidada como el Juez y el Tribunal han procedido en un caso importante como éste.

Como por consecuencia de lo que se ha dejado expuesto, es necesario casar parcialmente el fallo del Tribunal para dictar el que deba reemplazarlo, al hacerlo se tendrá en cuenta la observación fiscal.

El recurrente Villafañe, en el escrito en que interpuso el recurso, alega que no puede condenársele por tres delitos de hurto distintos, tal como lo hicieron los Jueces de instancia, porque no está demostrada sino la comisión de un solo hecho criminoso y punible, en el cual tampoco acepta responsabilidad.

Principalmente dirige su argumentación a sostener que por consecuencia de la investigación adelantada en virtud del denuncio presentado por Gustavo Cabal, o sea de la sustracción de las nueve reses, no podían existir dos delitos de hurto, como lo estimó el Juez, o sean de seis por una parte y tres por otra, sino uno solo, sin detenerse a analizar debidamente el cargo que se le formuló en el otro auto de proceder, de fecha treinta de septiembre de mil novecientos treinta.

Como se ve, sólo se limita a hacer una afirmación sin ensayar demostración alguna, ni en lo que se refiere a la cuestión de hecho ni en lo que se refiere a la cuestión técnica o jurídica.

Ya se ha visto, de acuerdo con la tesis del Procurador, que no hay dos delitos de hurto respecto de los nueve semovientes, y a que se refirió el primer sumario, o sea a la investigación seguida en virtud del denuncio presentado por Gustavo Cabal. En cuanto al hurto de los dos semovientes, y que dio lugar al auto de proceder de fecha de junio treinta de mil novecientos treinta, ha formado parte de este proceso en virtud de acumulación, y por tal motivo vino a resolverse en una misma sentencia tanto lo relativo a este delito como al otro de los nueve semovientes.

Con respecto a la pena impuesta por el delito de que trata ese último auto de proceder, ningún reparo se hizo en el concepto del Procurador, y lo que alega por ese aspecto el recurrente Villafañe no da base para un estudio de fondo, de suerte que la sentencia, en lo que hace a esta condenación, es intocable.

Agrega Villafañe que no aparece en su contra más cargo que el de haberle ayudado como vaquero a Salomón Saavedra a llevar al potrero de El Dinde nueve vacas que el expresado Saavedra le vendió a Miguel Vásquez, y que, por lo tanto, a lo sumo le correspondería la pena del encubridor.

Es esta otra afirmación desprovista de todo ensayo de demostración. Al contestar el primer reparo que formuló el Procurador, quedó ampliamente estudiado este punto.

En virtud de lo expuesto, se procede a dictar el fallo que reemplace el del Tribunal, a lo cual se procede, previas las siguientes consideraciones: los procesados deben ser condenados no por tres delitos de hurto, sino por dos, el uno por las nueve reses, que fueron avaluadas en seiscientos veinte pesos moneda corriente, y el segundo, de dos reses, que fueron avaluadas en ochenta pesos moneda corriente. La calificación de la delincuencia se hace en el menor grado, porque así fue apreciado en las sentencias de instancias, y tal apreciación no ha sido materia del recurso.

Al procesado Villafañe le corresponde la siguiente penalidad: dos años de presidio que, como pena fija, le impone el artículo 795 del Código Penal, en armonía con el 2º de la Ley 60 de 1911, un año más de presidio, según esta última disposición y el artículo 796 ibídem, por ser la cuantía de seiscientos veinte pesos, despreciando el exceso de los veinte, por mandato del artículo 796, inciso 2º del Código Penal.

Esto por lo que hace al primer delito de hurto.

En cuanto al segundo delito de hurto de las dos reses, como la suma en que fueron avaluadas no alcanza a cien pesos, solamente puede imponerse la pena fija de que trata el artículo 795, o sea la de un año (en su grado mínimo, se entiende), que elevada al doble, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 60 de 1911, es de dos años de presidio; como Villafañe es reincidente, a las penas anteriores debe agregarse, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 105 de 1922, relegación a colonia penal y agrícola por espacio de tres años.

Aun cuando en este proceso, según lo que se ha visto, se trata de dos delitos de hurto, no es el caso de aplicar el inciso 2º del artículo 142 del Código Penal, según el cual si se trata de varios delitos, se liquida por separado el aumento que debe imponerse por cada uno, porque el mencionado artículo 2º de la Ley 105 de 1922, disposición especial, habla de relegación "de tres años por la primera reincidencia," y como según el artículo 141 del Código Penal "el número de sentencias ejecutoriadas que se hayan dictado contra el reo en los diez años anteriores a la ejecución de un delito, culpa o tentativa determinados, indica el número de la reincidencia," y como en el presente caso existe una sentencia condenatoria anterior, sólo se trata, por tanto, de una primera reincidencia.

De suerte que Villafañe debe cumplir en total, la pena de cinco años de presidio y tres de relegación en una colonia penal. Mas como de acuerdo con el artículo 3º de la mencionada Ley 105 de 1922, si al acusado se le condena a una pena mayor de dos años de presidio, cumplirá en éste esos dos años, y el resto, con la correspondiente a la reincidencia, en la colonia penal a que sea destinado, debe tenerse en cuenta esta disposición por la autoridad administrativa.

Como es al Gobierno a quien corresponde hacer cumplir las penas de esta clase, y como, por otra parte, el funcionamiento de las colonias penales y agrícolas es hasta la fecha muy deficiente por falta de los recursos necesarios, debe apenas, por parte de la autoridad judicial, llamar la atención sobre lo que dispone ese artículo, con el fin de que se cumpla, si ello fuere posible.

A Saavedra le toca la siguiente penalidad: la misma pena principal de presidio que le corresponde a Villafañe, o sea la de cinco años, sin aumento alguno, por no ser reincidente.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa pacialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a José Manuel Villafañe y Salomón Saavedra como responsables del doble delito de hurto de ga-

nado mayor, en la forma y cuantía determinadas en la parte motiva de esta providencia, a la pena principal de cinco años de presidio para cada uno, que cumplirán en la penitenciaría que designe el Gobierno.

Condénase, además, a José Manuel Villafañe, como reincidente, a la pena de tres años de relegación en una colonia penal y agrícola.

Lo que dispone el artículo 3º de la Ley 105 de 1922, si hubiere posibilidad para ello, debe tenerlo en cuenta el Gobierno.

En lo demás, o sea en cuanto a las condenaciones accesorias, queda en pie la sentencia recurrida.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con fecha de treinta de junio de mil novecientos treinta, reformó el auto de proceder dictado por el Juez del Circuito de Apía contra Clímaco Giraldo, en el sentido de llamarlo a juicio, no sólo por el delito contra la Hacienda Pública, sino también por falsedad de documentos oficiales, cometidos ambos delitos en su carácter de Administrador de Correos que fue de ese Municipio.

Adelantado el juicio, el Juez del Circuito de Apía condenó al acusado por los delitos mencionados, a la pena principal de catorce años de presidio, lo cual fue reformado por el Tribunal, reduciéndola a seis años de presidio.

Contra este último fallo, que es de fecha noviembre seis del año próximo pasado, el Fiscal de esa entidad interpuso casación, invocando como causales la segunda y la tercera del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, y como la primera se refiere a nulidad, si estuviere comprobada, hace innecesario el estudio de la otra.

Considera el Fiscal recurrente que el juicio adolece de nulidad, por incompetencia del Juez de Circuito para conocer del asunto; pues tratándose de dos delitos, uno de responsabilidad y el otro de falsedad en documentos oficiales, delito común de competencia del Juez Superior, el conocimiento del proceso le corresponde a este último, según los artículos 102 de la Ley 61 de 1886, 98 y 99 del Código Judicial y 228 de la Ley 57 de 1887.

En apoyo de su argumentación invoca decisiones anteriores de esta Sala en relación con el mismo punto, y el salvamento de voto del Magistrado del Tribunal, doctor Luis María Arcila P.

Se considera:

El salvamento de voto del doctor Arcila, en el cual se hace un estudio muy completo y acertado del punto debatido, está de acuerdo en realidad con lo resuelto por esta Sala en varias decisiones, algunas de las cuales transcribe en apoyo de su tesis.

Y así, como fundamento de este fallo, se transcribe lo que ya en forma unánime viene sosteniendo esta Sala por el personal que actualmente la integra, o sea la misma doctrina consignada en sentencia de fecha veinticinco de abril de mil novecientos treinta, pronunciada en la casación de Abraham Uribe, y reproducida en varios casos semejantes, y que es la misma que invoca el señor Procurador, al pedir que se invalide el fallo recurrido de acuerdo con lo alegado por el Fiscal recurrente.

Tal fallo, en lo sustancial, dice:

"Los delitos de responsabilidad definidos en los Títulos 9º y 10 del actual Código Penal, dice el artículo 27 de la Ley 104 de 1922, se investigarán y penarán sin perjuicio de los delitos comunes que comporten. Por consiguiente, si el hecho cometido por el empleado público, además de un abuso de sus funciones o de una falta de cumplimiento de los deberes de su destino, se encuentra penado en otra parte de la ley, se le impondrá la pena que por el primer delito le corresponda, sin perjuicio de la que se merezca por el segundo, y ambos delitos se juzgarán acumulativamente por el procedimiento ordinario.

"Varias conclusiones se pueden sacar del anterior precepto legislativo:

"**a)** Que los únicos delitos que dan lugar a verdaderos juicios de responsabilidad son aquellos de que tratan los Títulos 9º y 10 del Código Penal.

"**b)** Que el hecho cometido por el empleado público, además de constituír un simple abuso de sus funciones oficiales o una falta de cumplimiento de los deberes de su destino, puede entrañar la comisión de un delito no previsto en los mencionados Títulos 9º y 10, es decir, un delito común, entre los cuales figura el de homicidio o el de falsedad, que no están comprendidos en esos Títulos.

"**c)** Que cuando suceda el caso previsto en el aparte anterior, no conocerán de ellos distintas autoridades, sino que 'se juzgarán acumulativamente por el procedimiento ordinario.'

"Este procedimiento ordinario no puede ser sino el que se sigue y adopta en los casos comunes.

"Concretando el estudio de la cuestión al delito de falsedad imputado a Uribe M., cometido en la copia de una escritura, en su carácter de Notario, según se determinó anteriormente, el procedimiento ordinario reclamaba, de acuerdo con la disposición transcrita, que el negocio debía pasar al Juez Superior del Distrito Judicial de Medellín, por haberse ejecutado el hecho en su territorio, y por estarle adscrito como de su competencia el delito de falsedad, según el artículo 98 del Código de Organización Judicial.

"Existe, además, otra norma de la mayor importancia, consignada por el legislador en la misma Ley 104 de 1922, en el artículo 23, y que dice:

. . . . . .

'El Juez competente para conocer del delito más grave, lo será también para conocer de los que competen a jurisdicciones inferiores que consten en el mismo proceso, y fallar definitivamente sobre ellos.'

"De suerte que en los casos en que se presente un abuso en el ejercicio de funciones oficiales o una omisión en el cumplimiento de ellas, y además un delito común, como el de falsedad, con mayor razón si solamente se ha cometido este último, es el Juez Superior el competente, por ser la falsedad de mayor gravedad, dada la pena con que está sancionada, y por estar adscrita a esa autoridad el conocimiento de ese delito. El legislador evitó

así la anomalía de que un Juez de Circuito viniera a conocer de un delito tan grave como es el de falsedad, y dispuso lógicamente que la acumulación se verificara ante la jurisdicción superior, y no ante la inferior, evitando de otro lado los perjuicios para la ordenada, activa y ventajosa actuación que se presentarían si las investigaciones hubieran de fraccionarse.

La Corte considera necesario dejar constancia de que la misma ley ha determinado con respecto a ciertos funconarios, cuándo las autoridades que deban conocer de los simples delitos que den lugar a juicios de responsabilidad, puedan conocer también de los delitos comunes que cometan esa misma categoría de funcionarios, entre los cuales no están comprendidos los Notarios, por lo cual quedan sometidos a las reglas comunes que se han dejado expuestas.

"Si el conocimiento del delito de falsedad, de que trata este proceso, le corresponde al Juez Superior y no al Juez de Circuito, como se hizo, síguese que se ha incurrido en la causal de nulidad que establece el ordinal 1º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, y por tanto aparece justificada la causal segunda de casación que se alegó en primer término, y que por razón de método y por sus consecuencias era necesario estudiar de preferencia."

Esta Sala, lejos de encontrar motivo de censura en la conducta del Fiscal recurrente, aplaude su labor, porque tiende a velar por lo que en su concepto está de acuerdo con la justicia y con la ley, por el acatamiento a las desiciones de la Corte, y también porque así pone de manifiesto su interés por el desempeño de las delicadas funciones a su cargo, lo que no siempre se observa en los Agentes del Ministerio Público.

En virtud de lo expuesto, esta Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, invalida la sentencia recurrida y en su lugar declara nulo lo actuado, desde el auto de proceder de fecha febrero trece de mil novecientos treinta, dictado por el Juez del Circuito de Apía, en adelante, y dispone que el expediente se remita al reparto de los Jueces Superiores de Manizales para los fines legales consiguientes.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Con fecha veintiuno de mayo del año próximo pasado el Juez 1º Superior de Bucaramanga abrió la presente causa criminal por homicidio contra Pascual Flórez, y previos los respectivos trámites, el Jurado profirió su veredicto en contestación a la siguiente pregunta:

"¿Pascual Flórez es responsable de haber dado muerte a Adolfo Castro por medio de una herida de proyectil de revólver, causada el siete de diciembre de mil novecientos treinta en el barrio de El Volante, de la población de Matanza, y en la ejecución de este hecho procedió el acusado voluntariamente y con intención de dar muerte?"

El Jurado, por mayoría de votos, contestó:

"Sí, por haberle inferido una ofensa a su hija."

La minoría se limitó a afirmar pura y simplemente la responsabilidad.

En acatamiento al veredicto, el Juzgado Superior condenó a Flórez a la pena de seis años de presidio y sus accesorias, como responsable en tercer grado de homicidio voluntario, con aplicación del artículo 600 del Código Penal; y el Tribunal, por sentencia del cinco de noviembre último, proferida con el voto disidente de uno de los Magistrados que integraron la Sala, confirmó el fallo de segunda instancia.

Como es admisible para estudio de fondo la demanda de casación propuesta oportunamente por el procesado, a ello se procede, surtida como se encuentra la tramitación correspondiente.

Dos son las causales propuestas: la 1ª y la 3ª, establecidas por el artículo 3º, Ley 78 de 1923, a que corresponden los ordinales 1º y 4º del artículo 3º, Ley 118 de 1931, esto es, ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta, por haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar; y no estar el fallo en consonancia con el veredicto del Jurado.

El primer motivo expuesto para sustentar la causal 1ª, consiste en afirmar que ha debido aplicarse al caso de autos, no el artículo 600 del Código Penal, sino el 604 ibídem, por cuanto el homicidio perpetrado en Adolfo Castro, de acuerdo con los términos del veredicto y las pruebas, tiene circunstancias de hecho, especialmente atenuantes, prevista por la última de tales disposiciones.

Sostiene, en efecto, el recurrente, que la modalidad introducida al veredicto, según la cual Castro recibió la herida mortal por habérsele inferido una ofensa a la hija de Flórez, no sólo encuentra respaldo probatorio en los testimonios del proceso, sino que al examinarlos se halla la demostración de que el homicidio se consumó mediante provocación consistente en ofensa grave dirigida contra el pudor de la hija del victimario, en el acto mismo del delito, caso previsto especialmente por el artículo 604, y castigado allí con una reclusión de seis meses a un año.

Afirma que el examen de las pruebas procesales corresponde al Juez de Derecho para precisar el alcance del veredicto, y particularmente por lo que respecta a la modificación introducida. Y después de analizar porqué ha de considerarse como grave la ofensa de que habla el Jurado sin calificarla, encuentra nó poder admitirse que la ofensa tuviese el carácter de mediana o tolerable, puesto que se refería al recato y pudor de una hija, a quien el padre estaba en el deber de darle protección haciéndola acreedora al respeto que se merecía ella.

Por último, se detiene a demostrar cómo habiendo acudido el padre inmediatamente al llamamiento o voz de alarma que diera la hija, cuando en forma abusiva y en el zaguán del propio domicilio paterno, el tenorio se ocupaba o se disponía a acariciar torpemente a la joven, y habiendo disparado el arma sin dilación alguna, es necesario admitir—dice—que el homicidio se cometió en el acto mismo de la ofensa.

Para resolver, se considera:

El resumen de los hechos, según los datos que arroja el proceso, y aun teniendo en cuenta la calificación que

el veredicto expresa, viene a establecer que en las últimas horas de la tarde del día siete de diciembre de mil novecientos treinta, cuando la señorita Ana Rosa Flórez se disponía a salir de su casa de habitación—la casa paterna—todavía en el zaguán, se encontró con Adolfo Castro, y como ella gritara: "No me prenda, Alfredo," salió apresuradamente del interior de la casa el padre de la joven, y después de increpar a Castro, le hizo un disparo de revólver, que lo postró en tierra.

Ante todo cabe preguntar: ¿cuál es en el presente caso el alcance del veredicto, y cuál el significado preciso de la modificación introducida por la mayoría de los Jueces de hecho?

Puesto que el ordinal 1º del artículo 587 del Código Penal prevé como caso general de homicidio voluntario el que se comete mediante una provocación, **ofensa**, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra **grave**, que **inmediatamente antes del homicidio**, se haga al propio homicida o a alguna de las personas ligadas a él estrechamente, que la misma disposición enumera, contando a las hijas; y siendo así que de otro lado el artículo 604 contempla la hipótesis del que siendo provocado por alguna **ofensa**, injuria o deshonra **grave**, cometidas hacia su propia persona o la de alguna de las expresadas en el artículo 587, mate **en el acto mismo** al provocador, atenuando especialísimamente la responsabilidad, no hay duda de que la explicación dada por el Jurado, que habla simplemente de ofensa, sin mencionar el tiempo u oportunidad de haber sido inferida, es deficiente, bien por lo que respecta a la materia de que trata el ordinal 1º citado, como en lo tocante a la responsabilidad atenuadísima que el artículo 604 prevé.

A virtud de la deficiencia apuntada, ¿podrá desecharse de plano la modificación que la mayoría de los Jueces de hecho puso en el veredicto, precisamente para dejar constancia de su divergencia de opiniones con la minoría, en cuanto a la manera de apreciar o calificar los hechos sometidos a su decisión?

Basta la lectura del fallo recurrido para observar cómo el Tribunal por medio de un análisis razonado, llegó a la conclusión de aplicar el artículo 600; y si la Corte no puede compartir en un todo el modo de juzgar el caso sometido a su estudio, puede, al menos, encontrar que el sentenciador buscó adecuadamente los medios para acertar, aun cuando no fue feliz en todas sus apreciaciones. Cita varias doctrinas de la Corte para sustentar su proveído, las que en realidad ha sustentado la Sala de Casación Penal en numerosos fallos, pero ellas en rigor no conducen a todas y cada una de las conclusiones aceptadas por el Tribunal con mayoría de votos, pues como bien lo apunta el Magistrado disidente, no hay contradicción alguna entre aquellas doctrinas y la tesis sustentada por este último Magistrado, que es en su fondo la misma que el presente fallo expone.

Al paso que testimonios como los de Juan de la Cruz Núñez, Santos Ruiz, Carlos Vera Chacón y Marcelino Amaya, narran escuetamente los hechos, dando razón del disparo y de la caída de la víctima, sin afirmar ni negar la ofensa contra el pudor inferida por Castro a la señorita Flórez, otros testimonios, como los de Mercedes Pérez, Isabel Castellanos y Victoriano Pérez Villamizar, hablan de que al sentir el grito de la joven que llamó la atención de ello pudieron ver cómo Castro asía del vestido a la señorita en ademán de tocarla torpemente, procurando ella escaparse.

Por consiguiente, si bien examinadas las cosas no puede hallarse contradicción entre el dicho de los testigos de uno y otro grupo, puesto que en realidad sucede nada más que el testimonio de alguno de ellos, guarda silencio sobre pormenores que resultan del dicho de otros declarantes, quizá porque se encontraron en situación mejor para observar y percibir los hechos, no puede negarse que el Jurado tuvo muy en cuenta las declaraciones de Pérez Villamizar y concordantes, para agregar la modalidad que el verdicto contiene.

Se comprende muy bien, como lo dice el señor Magistrado que salvó su voto, que en el seno del Jurado hubo una diferencia bastante profunda sobre el modo de apreciar el hecho, y que no fue un interés puramente académico el que decidió a la mayoría a expresar la cualificación respecto a la ofensa inferida por la víctima a la hija del victimario. Se comprende, asimismo, que la mayoría de los Jueces de hecho le dieron también importante significado a la calidad de la ofensa y a su repercusión en el ánimo del padre, exaltado y fuera de sí, quizás por el conocimiento previo que tuviese acerca del atrevimiento habitual del occiso.

Pero como por otra parte no aparece que se hubieran llenado en el caso de autos, todos los elementos de hecho que el artículo 604 tiene en especial consideración para atenuar grandemente la responsabilidad, ya que el Jurado no declaró que el disparo fuera hecho en el acto mismo de la ofensa; y se encuentra que, antes bien, acudiendo el padre al llamamiento de la hija, sin que se sepa—porque nada consta al respecto—que cuando él viniese continuara Castro en la consumación de la ofensa, esto es, que el padre hallara a la hija como víctima de las audacias lúbricas de Castro, y en el acto mismo le disparara, se llega a la conclusión de que el delito se halla previsto en el ordinal 1º del artículo 587, en cuanto el homicidio vino inmediatamente después de la ofensa recibida.

Situada la responsabilidad del acusado en la hipótesis de esta última disposición, no quiere ello decir que al hecho le corresponda precisamente la pena establecida por el artículo 600, si, como en el presente caso sucede, existen circunstancias y razones plausibles para hacer uso del arbitrio que el inciso 2º del artículo 602 otorga al juzgador, en forma que permite en algún modo la individualización de la pena; tesis que viene sustentada en la demanda como subsidiaria y que se justifica, según pasa a verse:

Efectivamente, a la modificación que acerca de la responsabilidad introdujo el Jurado, no puede dársele simplemente el valor de haber expresado el móvil del agente en la consumación del hecho, sin más consecuencias, porque si es cierto que allí queda consignado el motivo determinante, lo es también que la naturaleza de éste, su carácter noble y elevado, ponen de manifiesto que se trata de un homicidio de menor gravedad. En el móvil del agente, revelado por ciertas circunstancias de hecho, se funda la atenuación especial del homicidio voluntario, según el Código de las penas; y si a ese móvil, que en el caso de autos no denota perversidad e instintos antisociales, se agrega la buena conducta anterior y la ausencia de agravantes, que motivó la calificación de la delincuencia en el grado más benigno, conviene a la justicia no agravar el estado de quien, como consecuencia del

amor paternal sobreexcitado, por las ya anotadas circunstancias, cometió el delito.

Esto es también lo que transparenta el veredicto. Muy clara se ve allí la intención del Jurado, no en cuanto a atenuar en forma especial la responsabilidad, pero sí, al menos, en el sentido de excluír al acusado de la clase o categoría común de los homicidas voluntarios, poniendo de presente una circunstancia relatada por varios testigos, que bien puede sustentar el arbitrio judicial de que se ha hablado.

No es otra la tesis sustentada por el señor Procurador con argumentos propios y con transcripción de algunos apartes del salvamento de voto del Magistrado disidente, que es oportuno reproducir también en el presente fallo, a saber:

"Como lo expresa el Juzgado, la pregunta que el Juez formuló a los Jueces de hecho y la respuesta de éstos, hacen una síntesis muy exacta de todos los elementos probatorios de la causa. ¿Pero de qué valor moral quiso investir el Jurado su respuesta cualificada, arriba transcrita? ¿Qué alcance se propusieron otorgar a su dictamen los Jueces de conciencia que dijeron: "Sí" como sus compañeros de minoría, pero agregando: 'por haberle inferido una ofensa a su hija'?

"La disparidad y disentimiento entre los miembros del Jurado es evidente, como lo es que tal frase complementaria constituyó la diferencia de criterio en el seno de su deliberación y ello de modo tan constante y resuelto que no fue al cabo posible el avenimiento y el fallo en conciencia se emitió dividido. Opinó la minoría que se trataba de un homicidio voluntario, pura y simplemente. La mayoría en tanto interpuso su punto de vista: se trataba de un homicidio voluntario ciertamente; pero en su sentir con una modalidad: Flórez mató porque Castro le infirió una ofensa a la hija del matador. ¿Es lo mismo lo uno que lo otro? ¿Son en sustancia idénticos los dos dictámenes? La divergencia irreductible de la deliberación, y la disparidad final en el veredicto, obedecieron tan sólo a que los miembros de la mayoría tenían el interés académico de dejar consignado—meramente por vía ilustrativa y como una constancia histórica—¿cuál había sido el origen causal, el móvil intencional del drama?

"Así parece entenderlo el Juez de la causa. '¿Qué se propuso el Jurado—se pregunta—con la frase explicativa? Talvez esto—se responde: indicar la causa determinante de la agresión, seguramente para quitarle el carácter de inmotivada que le asignaron los primeros testigos del expediente: reconocer valor probatorio a las declaraciones de Victoriano Pérez Villamizar, su mujer y su hija, tachadas en la audiencia como poco dignas de fe; calificar el acto imputado a Castro como simple ofensa, en atención a la realidad de las ofensas contra el pudor, a la carencia de elementos demostrativos de la magnitud de la de estudio y al hecho de que conforme a la misma señorita Ana Rosa, no se registró propiamente la ofensa, sino un amago de **tocamiento en su cuerpo**, y, finalmente, complementar la síntesis que del proceso hizo en el fallo.

"Mas no resulta natural asignar así a la modalidad impuesta por el veredicto de mayoría un propósito tan baldío, un objeto tan especulativo como el que por interpretación le otorga el Juzgado. Los miembros integrantes de ese Jurado fueron, como apenas por excepción ocurre, hombres densamente cultos y uno de ellos especializado en cuestiones penales. No es por lo mismo verosímil suponer en ellos una inconsciencia, un desconocimiento tales del mérito positivo y práctico que debían dar a su respuesta. No se justifica pensar que Jueces como aquellos—en lugar de discriminar en los hechos los valores reales y sondear en ellos la fisonomía de la responsabilidad sometida a su examen—hubieran de entretenerse y dividirse tenazmente por la incorporación o no en su respuesta de una circunstancia inane para la apreciación del caso. Por vía de inducción no es posible atribuír a un Jurado tál que se debatiera y dividiera de modo semejante a trueque de lograr estampar una frase desprovista de todo sentido de eficacia, en el terreno de la calificación: la función calificadora del Tribunal de hecho no se llena con la reñida consignación de circunstancias meramente anecdóticas, en interés de futuros eruditos.

"¿Qué quiso, pues, decir el veredicto cualificativo? ¿Fué únicamente colocar el homicidio en la primera circunstancia del artículo 587 del Código Penal, esto es, calificarlo de simplemente voluntario? Ello holgaba, hubiera estado de sobra: porque la pregunta no incluía la premeditación ni la agregaba la minoría del Jurado. Con sólo adherirse, pues, al dictamen de la minoría, hubiera la mayoría obtenido igual resultado, si su propósito hubiera sido únicamente calificar el homicidio en la verdad del simplemente voluntario, como lo había hecho el Juez y lo hacía la minoría.

"Pero indudablemente quiso ir más lejos. Quiso establecer ante el Juez, y en orden a la responsabilidad, una causal de atenuación del homicidio simplemente voluntario que se le formulaba. Estimó que el homicidio cometido por Flórez en la noble circunstancia de castigar el ultraje al pudor de su hija y cuando se ofendió así el honor de su hogar honesto, debía colocarse entre los homicidios voluntarios menos graves. No creyó ese Jurado que fuera el caso de homicidio inculpable que en circunstancias de actos deshonestos contempla el numeral 8º del artículo 591 del Código Penal, pero tampoco quiso considerar tan baladí aquella injuria que no diera mérito a la atenuación del homicidio voluntario. ¿Prevé la ley penal la modalidad atenuante del homicidio voluntario? Sí, y de una manera expresa y nítida. El precepto legal, neta y rigurosamente aplicable, es el contenido en el artículo 602 del Código Penal. En este mandato se expresa así el legislador:

"Si el homicidio se cometió en riña promovida por el que murió, ya directamente o ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras graves, de las que excluyen la premeditación, causadas a su contrario, para que éste provoque la riña, siempre que no haya habido traición o alevosía por parte del homicida, la pena será de tres a seis años de reclusión.

"Lo propio se aplicará a los delitos que, a juicio del Juez, sean menos graves, entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial.'

"Ahora bien: a juicio del Tribunal, la causal de atenuación, introducida por el Jurado a su respuesta, coloca el homicidio simplemente voluntario, formulado en la pregunta, en caso de menor agravación que los que ordinariamente encajan en el artículo 587 del Código

Penal. Al apreciarlo así, da el Tribunal un razonado valor de aplicación a la facultad que al juzgador concede el inciso 2º del artículo 602 de la misma obra."

Hay además una consideración que refuerza el fundamento del presente fallo, y consiste en que aun suponiendo que hubiese duda por lo que respectá a la aplicación de la pena, que por hipótesis pudiera hallarse fundada en la discrepancia de opiniones en que se colocó la mayoría del Tribunal y el Magistrado disidente, debido a la distinta interpretación que exhiben sobre el veredicto y las pruebas, es lo cierto que aun así la situación jurídica habría de resolverse, como toda duda de esa naturaleza, en favor del acusado, según el artículo 129 del Código Penal, imponiendo la pena menor.

Son suficientes las razones expuestas para encontrar demostrada la causal 1ª de casación, e infirmar, en consecuencia, el fallo:

Y en tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma la sentencia recurrida y en su lugar falla:

Condénase a Pascual Flórez a la pena de tres (3) años de reclusión en la Penitenciaría que el Gobierno designe, como culpable en tercer grado de homicidio voluntario en la persona de Adolfo Castro; condenación para la cual hace uso la Corte en sentido favorable del arbitrio que le concede el inciso 2º, artículo 602 del Código Penal.

En cuanto a las penas accesorias queda firme el fallo recurrido.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES — **Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

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

Vistos:

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

En un solo juicio fueron acumulados los delitos porque se llamó a responder con intervención del Jurado a José María Muñoz o Basto, así: el homicidio perpetrado en la persona de Higinio Acevedo en la tarde del veintisiete de abril de mil novecientos trece, frente a un estanquillo del Corregimiento **Sucre**, de la jurisdicción municipal de Arboledas, Departamento del Norte de Santander; el homicidio de Arquimedes Acero, llevado a cabo en el paraje denominado **Las Lajas**, de la hacienda de **Carrillo**, dentro de la jurisdicción del Municipio de Cúcuta, más o menos en el mes de octubre de mil novecientos catorce, y el homicidio de Heliodoro Rozo, cometido en la noche del diez y nueve de marzo de mil novecientos diez y ocho, en el sitio de **El Oreganal**, de la comprensión municipial del Rosario, Distrito Judicial de Pamplona. Además, en relación con este último delito, se le imputa también a Muñoz o Basto, el de robo, por cuanto el homicida se apoderó de los semovientes y las prendas que llevaba consigo el agredido Rozo.

El primero de los homicidios enunciados ha sido considerado como simplemente voluntario. Los otros dos como casos de asesinato. En tal forma se propusieron al Jurado por medio del siguiente cuestionario:

"Primera cuestión.

"¿El acusado José María Muñoz o José María Basto procedió voluntariamente al dar muerte a Higinio Acevedo, por medio de disparos de revólver, con que lo hirió, como a las cuatro de la tarde del veintisiete de abril de mil novecientos trece, frente a un estanquillo del Corregimiento de **Sucre**, del vecindario de Arboledas?"

"Segunda cuestión.

"¿El acusado José María Muñoz procedió voluntariamente y con premeditación, al dar muerte a Arquimedes Acero, por medio de disparos de revólver, con que lo hirió, estando en el punto llamado **Las Lajas**, de la hacienda de **Carrillo**, perteneciente al Municipio de Cúcuta, tres años y medio, más o menos, antes del cuatro de abril de mil novecientos diez y ocho, fecha en que se dio principio a la correspondiente investigación?"

"Tercera cuestión.

"¿José María Muñoz cometió el hecho mencionado en la segunda cuestión, mediante alguna o todas las circunstancias siguientes: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo a la víctima descuidada, indefensa y desapercibida, y aprovechándose de circunstancias especiales, como la de llevar a Arquimedes Acero a un paraje solitario, a efecto de poder ejecutar el delito con seguridad?"

"Cuarta cuestión.

"¿El acusado José María Muñoz procedió voluntariamente y con premeditación al dar muerte violenta a Heliodoro Rozo, por medio de varias puñaladas que le infirió, estando en **El Oreganal**, del Municipio del Rosario, en la noche del diez y nueve de marzo de mil novecientos diez y ocho?"

"Quinta cuestión.

"¿El acusado José María Muñoz cometió el hecho mencionado en la cuestión cuarta, mediante todas o alguna de las circunstancias siguientes: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo a Heliodoro Rozo descuidado, indefenso y desapercibido, y valiéndose de la oscuridad de la noche para cometer el delito con seguridad?"

"Sexta cuestión.

"¿El acusado José María Muñoz es responsable, sí o nó, de haber quitado a Heliodoro Rozo, ejerciendo violencia y con ánimo de apropiárselos, unos objetos que éste llevaba consigo, más tres animales, cuando fue ultimado, consistentes en un cinturón, un revólver, un puñal, un sombrero, dos anillos, setenta centavos en efectivo y tres cabras, avaluado todo en la cantidad de $ 16-30, hecho ocurrido durante la noche del diez y nueve de marzo de mil novecientos diez y ocho, en el sitio de El Oreganal, jurisdicción municipal del Rosario?"

El Jurado contestó las cuestiones anteriores de esta manera:

La primera: "Sí."

La segunda: "Sí, **pero sugestionado por Nicodemus Hernández.**"

La tercera: "Sí, **pero Muñoz no llevó a la víctima al lugar del hecho.**"

La cuarta: "Sí, **pero sin premeditación.**"

La quinta: "Nó."

La sexta: "Sí."

Sobre este veredicto, acatado en toda su integridad, el Juzgado Superior de Cúcuta dictó su sentencia de fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta, por medio de la cual condenó al encausado a la pena principal de veinticinco años de presidio, computados así: veinte años por el homicidio, calificado de asesinato, en la persona de Arquimedes Acero, y cinco años por los otros dos homicidios. Fue condenado, además, a las penas accesorias correspondientes, y sobreseído de manera definitiva por el robo de los semovientes y prendas pertenecientes a Heliodoro Rozo, por haber prescrito el derecho de imponer pena por este delito.

Apelado el fallo para ante el Tribunal de Pamplona, éste, en providencia de ocho de septiembre del año próximo pasado, lo confirmó en lo principal, es decir, en cuanto a la pena de veinticinco años de presidio, impuesta por el juzgador de primera instancia, junto con las accesorias legales del caso.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el defensor de Muñoz o Basto, recurso que, debidamente concedido, y enviados los autos a esta Sala, debe proceder a resolverse, agotada como se halla la tramitación en este Despacho, y habida cuenta de que presta mérito para estudio de fondo el memorial dirigido al Tribunal por el recurrente.

Dice éste que invoca la causal segunda del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, y como consecuencia la primera del mismo artículo, las cuales hace consistir en lo siguiente:

"a) Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se ha dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley, por varios motivos que expondrá.

"b) Ser la sentencia consecuencialmente violatoria de la ley penal, por mala interpretación, y por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar."

Respecto de la primera causal alegada, o sean nulidades procesales, se refiere, ante todo, a la equivocación relativa a la época del delito, en lo que atañe al homicidio de Arquimedes Acero, y se expresa así:

"En el auto de enjuiciamiento se declaró con lugar a seguir causa criminal contra José María Muñoz o Basto, Nicodemus Hernández y Elvira Camacho, por el homicidio de Arquimedes Acero, y al tratar de señalar la época de este delito, que es elemento principal entre los materiales, dijo el auto de proceder **'que había sido cometido tres años y medio, poco más o menos, antes del cuatro de abril de mil novecientos diez y ocho, fecha en que se dio el denuncio.'**

Por **época**, según el Diccionario Larousse, ha de entenderse: **Punto fijo de la historia; momento en que sucedía un hecho notable.** Para determinar, pues, la época de comisión de un delito, ha de precisarse el día y la hora, o un espacio que no ofrece indeterminación, como sería: **la noche del día tál, para amanecer de tal día.**

"Pero decir que un delito pudo ser cometido **tres años y medio antes, poco más o menos,** del día del denuncio, sin que haya elementos probatorios que autoricen para esa imputación, es erróneo en absoluto, y produce nulidad procesal."

Después de transcribir parte de las apreciaciones del Tribunal, sobre lo que debe entenderse por **época**—pues esta cuestión fue ampliamente debatida en las instancias,—el recurrente insiste en que si no se determina en el auto de proceder en qué año, en qué día y a qué hora se cometió el delito y se imputa, en cambio, como consumado "en el curso o en cualquiera de los 365 días que contiene un año, según el calendario," existe la nulidad por equivocación relativa a la época en que se realizó el hecho delictuoso. Intenta en seguida reforzar esto mismo con la cita de los testigos, cuyas declaraciones se tuvieron en cuenta para el efecto, todos los cuales se refieren a un tiempo de tres años antes, más o menos, y termina diciendo que el importante elemento de la época del delito "no puede quedar sujeto para su determinación a caprichosos cómputos de los jueces.'

Se considera:

Ante todo hay que tener en cuenta de qué manera aprecia el Tribunal lo referente al punto propuesto como nulidad procesal, porque si las objeciones formuladas sobre el particular son las mismas de que ya se hizo cargo el Tribunal, y fueron debidamente contestadas por éste, a ellas se hará referencia, agregándose por parte de la Sala lo que fuere del caso.

El Tribunal expresa en su fallo:

"Afirma también el mismo defensor que la causa contra Muñoz, con respecto al homicidio de Acero, es nula, 'por error en cuanto a la época del supuesto delito'; que no puede admitirse la 'forma vaga, imprecisa, dubitativa, dice, expuesta a errores para determinar la época de comisión de un delito,' la que se expresó así en el auto de proceder: 'tres años y medio, más o menos, antes del cuatro de abril de mil novecientos diez y ocho, fecha en que se dio el denuncio.' Lo mismo se dijo en la cuestión sometida al Jurado.

"El ordinal 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, establece como causal de nulidad el haberse incurrido en equivocación relativa a la época en que se cometió el delito, es decir, cuando al delito se le señala una época distinta; pero por época no debe aquí entenderse fecha determinada, con expresión del año, el día y la hora; la época de un delito puede indicarse por un lapso más o menos largo; lo único que se requiere en este caso es que dentro de ese lapso se haya cometido el delito, y no antes ni después; al decir del Juez que el delito fue cometido 'tres años y medio, más o menos, antes del cuatro de abril de mil novecientos diez y ocho, fija como época del delito una nó anterior a cuatro años antes de dicho cuatro de abril, ni posterior a tres años antes del dicho día cuatro de abril de mil novecientos diez y ocho, es decir, entre el cuatro de abril de mil novecientos catorce y el cuatro de abril de mil novecientos quince; este lapso, como época del delito, se expresó a falta de poder hacerse una indicación más precisa; buscó el Juez así el tiempo más aproximado a los datos que el expediente suministra, y como ninguna prueba existe en el proceso que demuestre

que el delito se realizó en época distinta, no puede decirse que haya habido error al respecto. Trino Bustamante, el testigo que con más precisión se refiere a la permanencia de Acero y su esposa en **Carrillo**, dice, en abril de mil novecientos diez y ocho, que él había llegado a la hacienda hacía cuatro años, y que desde que llegó allí encontró a Hernández, a Acero y a la esposa de éste; y como ocurridos de entonces para acá, empieza a relatar los incidentes habidos entre estos tres personajes; según se infiere de la relación, desde la llegada de Bustamante hasta la desaparición de Arquimedes Acero no transcurrieron más de unos cuatro a seis meses; Juan de Dios Ayala dijo hacía más de tres años que trabajaba en **Carrillo**, y refiere a esa época los mismos incidentes; Antonio Jaimes declaró que desde su temprana edad trabajaba en **Carrillo**, y que desde hacía tres y medio a cuatro años habían estado en la hacienda Hernández, Acero y la esposa de éste; y la época del delito la refiere este testigo a tres años y medio antes de su declaración, rendida el nueve de abril de mil novecientos diez y ocho; en la misma fecha dijo el procesado Muñoz que había tenido lugar el homicidio; Delfín Eslava dijo también, en abril de mil novecientos diez y ocho, que había conocido trabajando en **Carrillo** a Acero, Hernández y Elvira Camacho, hacía cuatro años; Ismenia Gallardo declaró el seis de dicho mes de abril, que hacía tres años, más o menos, le había llevado Arquimedes una muda de ropa; José del Carmen Silva dijo, en dicho mes, que hacía más de dos años había conocido en **Carrillo** a Acero, a la Camacho y a Hernández; Manuel Agudelo dice que la última vez que vio a Arquimedes Acero fue en la última noche del novenario de Flora Márquez, quien murió de resultas de una puñalada que le dieron el doce de octubre de mil novecientos catorce, fecha en que también fue herido el testigo; los peritos reconocedores del esqueleto exhumado conceptúan que la inhumación tendría de hecha tres años aproximadamente; casi todos, y muchos otros datos, refieren la época del delito a la fijada por el Juez, y en contra de ello no hay ninguna declaración terminante ni indicio alguno."

Como bien se ve, en lo que se acaba de transcribir se contemplan a espacio y con harto fundamento los reparos que ahora formula nuevamente en el presente recurso el defensor del sentenciado; pero si ello no hubiere satisfecho del todo al recurrente, a lo expuesto se puede agregar esto: para que, conforme a la ley, tenga lugar la equivocación a que alude el sustentante del recurso, es preciso que en el auto de proceder se haya señalado como fecha en que tuvo su realización el hecho criminoso, una distinta a esta fecha, por aparecer claramente no haberse demostrado en la propia forma, que no fue en aquélla cuando el delito se cometió, sino en la otra que se expresa o debe expresarse. Porque así es como se incurre en la equivocación de que trata el numeral 7° del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, relativa a la época en que el acto delictuoso se llevó a término, ya que equivocación no significa precisamente sino tomar o tener una cosa por otra, y no se tiene o se toma una cosa por otra sino cuando, como en el caso que se estudia, aparece o se demuestra con perfecta nitidez, que no fue en la época a que se circunscribe el auto de enjuiciamiento cuando el hecho tuvo su cumplimiento, sino en otra completamente distinta, la cual debe manifestarse. Es así que el recurrente no demuestra aquí que en otra época diferente de la señalada hubiera tenido lugar el hecho delictuoso cuestionado, sino que apenas se limita a decir que la que expresan los juzgadores de instancia es demasiado vaga e indeterminada; luego la equivocación de que trata no existe en realidad, y, consecuencialmente, no hay la nulidad invocada. La solidez de este silogismo surge densamente de lo que se acaba de exponer. Y si a esto se agrega que la palabra **época** no puede tomarse simplemente como punto fijo y fecha determinada de un suceso, sino que también significa, precisa y adecuadamente, período o espacio de tiempo, durante el cual se ha realizado un hecho determinado, hay que concluír con mayor razón que carece de fundamento lo argüído por el recurrente en este caso.

Alega en segundo término el recurrente, "nulidad por haberse reemplazado indebidamente los Jurados sorteados para juzgar al procesado, después de constituídos tales Jurados con arreglo a la ley, con lo cual se ha caído en el error de no poderse saber cuáles designados eran los legítimamente llamados a calificar los delitos."

En este particular manifiesta lo siguiente:

"Contra mi defendido se seguían tres procesos: uno por el homicidio de Heliodoro Rozo, otro por el homicidio de Higinio Acevedo y el último por el homicidio de Arquimedes Acero.

"En el primero se sorteó un Jurado (folio 100 vuelto), y resultaron designados los señores Pedro Moros L., Fortunato Cáceres, Francisco A. Torres, Víctor M. Ramírez y León Gustavo Villamizar, a quienes se comunicó su elección y se les confirió traslado del proceso, quedando en capacidad de intervenir en el juicio.

"En el proceso por el homicidio de Acero se sorteó con fecha diez de octubre de mil novecientos veintiocho otro Jurado, y resultaron electos los señores Julio C. García H., Guillermo Navarro, Domingo Pérez H., Patrocinio Pérez y Fausto Reyes. También este Jurado quedó constituído legalmente, y sus miembros listos para intervenir en el juicio.

"Así las cosas, uno de los defensores de Muñoz solicitó la acumulación de autos, y el Juez, de plano, pretermitiendo los trámites que indican los artículos 792, 793, 794 y 1755 del Código Judicial, decretó la reunión de procesos por auto de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos veintinueve (folio 2, cuaderno D.).

"Por este mismo auto, el Juez anuló los tribunales de hecho ya constituídos, como queda dicho, y procedió a sortear un tercer Jurado, que fue el que actuó por fin en las tres causas, quedando eliminados los anteriores."

Se considera:

El juzgador de segunda instancia explica de la siguiente manera el modo como se verificó la acumulación de los juicios:

"En relación con el nombramiento de un Jurado de calificación, común a los tres juicios, prescindiendo de los que estabaan sorteados en las causas por homicidio en Acero y Rozo, estima el Tribunal, como ya lo dijo el fallo reciente en otro caso análogo, que por razón de orden o de método en la prosecución de estos negocios, ha debido buscarse para la acumulación el momento oportuno, ya decretándola antes de sortear Jurado en ninguno de los juicios, ya adelantándolos todos separadamente, hasta ponerlos en estado de dictar sentencia, y acumularlos entonces para dictarla, pues en uno u

otro caso se hubiera evitado la dificultad que se planteó con la acumulación, estando los procesos en las circunstancias conocidas; pero ya que eso no se hizo, y una vez consentido el fallo que decretó la reunión de los tres juicios, el procedimiento que se empleó no es ilegal, y era el que mejor resolvía la cuestión suscitada con la acumulación, pues por el solo hecho de ésta ninguno de los Jurados sorteados antes adquiría jurisdicción para calificar en los otros dos juicios, ya que para esos fines no había sido sorteado; ni las partes, al ejercitar el derecho de recusar en la diligencia de sorteos, habían tenido en cuenta circunstancias o consideraciones ajenas al juicio en que se había hecho la elección de tales designados, ni había razón legal para preferir uno de los Jurados al otro, ni las partes ni el Juez tenían facultad o motivo para escoger entre ellos, sin riesgo de incurrir en parcialidad o en arbitrariedad; tampoco podían dejarse en pie los dos Jurados y nombrar otro para la causa por el homicidio en Acevedo, a fin de que los tres Jurados cumplieran sus respectivas funciones, porque la acumulación quita a cada causa su individualidad, para formar con todas una nueva, en la cual no estaría bien una triple celebración del juicio, o sean las tres audiencias públicas con distinto Jurado; lo lógico era, pues, que los Jueces de hecho que habían de decidir acerca de la responsabilidad en los hechos materia de las causas acumuladas, se nombraran expresamente para ese triple fin, con citación y anuencia de los interesados; además, el procedimiento del Jurado común fue aceptado por las partes, y libre quedó para el enjuiciado y su defensor, y para el representante del Ministerio Público, el derecho de hacer ante el nuevo Jurado las defensas o acusaciones pertinentes, sin menoscabo alguno de los intereses de una y otra parte. Dice el defensor ante el Tribunal, que este Jurado único se sorteó sin que así se hubiera dispuesto previamente; a ello se contesta que, como se vio ya, el tercer Jurado se dispuso por auto de veinticuatro de junio de mil novecientos veintinueve; posteriormente, el primero de julio del mismo año se ordenó verificar el sorteo, y llevarlo a cabo el ocho de ese mismo mes a las ocho de la mañana, como así se hizo (folios 2, cuaderno D; 168 vuelto del cuaderno C, y 5 del cuaderno D)."

Por lo anterior se ve, pues, que la acumulación se llevó a cabo mediante los trámites legales, ya que no era posible abstenerse de decretarla, una vez que fue solicitada debidamente por uno de los defensores de Muñoz. Acaso hubiera sido aquélla ilegal, si en el propio momento de ser resuelta, el proceso por homicidio en la persona de Arquimedes Acero estuviera siguiéndose efectivamente a un mismo tiempo allí mismo contra Nicodemus Hernández y Elvira Camacho—llamados a responder también por tal homicidio,—pues éstos no estaban enjuiciados por los otros delitos imputados a Muñoz o Basto; pero como no sucedió así, porque la acumulación se dispuso cuando el único contra quien se seguía aquel proceso era Muñoz, por haberse suspendido contra Hernández, en su calidad de reo ausente, y contra la Camacho, seguirse en otra forma, por hallarse enferma de lepra en Contratación, es indudable que estuvo bien ajustada a la ley por lo que respecta al recurrente.

Y no se arguya, como lo hace el sustentante del recurso, que la acumulación se decretó de plano, y sin que se hubieran tenido en cuenta las formalidades que para ello previenen e imponen el artículo 1755 del Código Judicial, así como también el 792 y siguientes ibídem, porque como las causas se adelantaban ante el mismo Juez, cuya competencia para tales juicios era clarísima, y como no había en éstos más que un encausado con un solo defensor, no había lugar a la tramitación indicada por los últimos artículos precitados. Por otra parte, el auto de acumulación se notificó al procesado, a su defensor y al Fiscal del Juzgado, únicos interesados en los tres juicios, auto que fue debidamente consentido por todos, sin el más mínimo reparo.

De manera que no se puede afirmar que la acumulación estuviera mal decretada, ni menos que no se supiera cuál de los tres Jurados constituídos era el llamado a conocer de las causas mencionadas, porque ordenada aquélla y sorteado el Jurado para las causas acumuladas, éste era el llamado a decidir sobre la responsabilidad de Muñoz o Basto por todos los delitos por que fue llamado a juicio, como en efecto sucedió, y ante ese Jurado tuvo todas las garantías de defensa, sin que aparezca que se hubiera desconocido ninguno de los derechos que la ley le otorga.

Siendo lo anterior así, es evidente que carece de fundamento el segundo motivo alegado como causal de nulidad.

Cuanto al tercer motivo alegado, que el recurrente parece hacer consistir también como vicio procedimental, pero que se halla ahora contemplada como causal especial por el numeral 3º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sea el que aquél enuncia así:

"Falta absoluta de prueba sobre el cuerpo del delito de homicidio en Acero," el Tribunal hace un completo estudio del asunto, que el señor Procurador acoge y reproduce, y que se debe reproducir y acoger en este fallo igualmente, porque allí se hallan apreciados todos los elementos que sirvieron de base a los juzgadores para procesar y condenar a Muñoz o Basto por el homicidio en cuestión. No es preciso sintetizar las consideraciones que sobre este punto hace el recurrente en su escrito, porque ellas son las mismas que ya había presentado al Tribunal, y que éste apreció cuando, al tratar sobre el particular, dijo lo siguiente:

"El defensor de Muñoz ante el Tribunal sostiene ahincadamente que en autos falta en absoluto la prueba plena del cuerpo del delito de homicidio de Arquimedes Acero.

"Esta prueba debe hallarla el Juez plenamente establecida en el expediente para poder llamar a juicio; en el respectivo auto de proceder afirmó el Juez que el cuerpo del delito estaba plenamente probado por los medios de que allí se hizo referencia, auto que no fue apelado por el reo ni por su defensor (artículo 1627 del Código Judicial). Mas como la existencia del cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal; como para condenar se requiere que haya plena prueba de la existencia de un hecho punible por la ley, y de la criminalidad o culpabilidad del procesado; y como la declaración del Jurado no constituye prueba del primero de los citados elementos, es decir, del cuerpo del delito, obliga a entrar en las siguientes consideraciones, tendientes a demostrar que sí está en autos probado el cuerpo del delito de homicidio en Arquimedes Acero (artículos 1512 del Código Judicial y 157 de la Ley 40 de 1907). Cierto es que la confesión que hace el sindicado no prueba a la vez el cuerpo del delito, cuya existencia debe aparecer demostrada por otros medios; pero tampoco es despreciable como indicio sobre la existencia del he-

cho punible, la relación íntima o concordancia completa entre el relato que hace el confesante acerca del modo como se cumplieron los hechos, y las demás pruebas indicativas de ese hecho delictuoso y de esas circunstancias.

"Se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible, según las leyes; y se comprueba su existencia ya con el prolijo examen que se haga por facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que lo hayan visto perpetrar, o también con indicios necesarios y vehementes, que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración (artículo 157 citado). Si en el caso de autos no hay una prueba directa de la perpetración del homicidio, sí hay varios indicios vehementes, suministrados por hechos plenamente comprobados en autos, que suministran esa comprobación plena que echa de menos el señor defensor (artículos 1702 a 1709 del Código Judicial).

"Estos indicios son:

"1º En el punto preciso y en la forma indicada por Jaimes y Muñoz fue encontrado el esqueleto o los huesos de un hombre, lo que hace perfectamente verosímil la exposición hecha por aquéllos.

"2º El hallazgo mismo, en forma hecha exprofeso, en lugar apartado de la hacienda, no destinado a inhumaciones, indica también vehementemente que la muerte de la persona a quien correspondía la osamenta se debió a violencia criminal, y no a causas naturales y lícitas.

"3º El interés que Nicodemus Hernández, llamado a juicio como autor intelectual del homicidio, tenía en la supresión de Arquimedes Acero, marido de la concubina de aquél.

"4º La desaparición de Acero precisamente en los días en que culminaba la pugna entre éste y Hernández, el uno por recuperar a su mujer legítima y el otro por tenerla sometida a su lado, en calidad de concubina; y el hecho de haber aparecido ya públicamente, sin estorbos ni intranquilidades, el concubinato de Hernández y la Camacho, cuando se corrió la voz de la desaparición de Acero, de quien empezó a decirse que se había ido para el otro lado (Venezuela), en momentos en que más interés tenía y mostraba Acero por permanecer al lado de su esposa, para impedir las ilícitas relaciones de ésta con Hernández.

"5º La fuga o desaparición intempestiva de Hernández, abandonando sus intereses, cuando se hizo pública la investigación de estos asuntos.

"6º El dictamen de los médicos, doctores Carlos E. Díaz y José María Forero Cote, habla de que la inhumación de la persona a quien correspondían los huesos que examinaron, databa de unos tres años, época en que, según muchos datos del expediente, debió de verificarse el crimen; dicen los mismos peritos que debía tener la persona muerta unos treinta años, y con la partida de nacimiento de Acero se demostró que éste, para el año de mil novecientos catorce, tenía treinta y un años; que debió tener el muerto buena estatura, más bien alto, dientes bien conservados, y estos datos corresponden a la filiación que de Acero se conoce en los autos.

"7º La declaración de Antonio Jaimes, testigo presencial del delito imputado a Muñoz.

"8º El haber aparecido el procesado Muñoz con ropa del occiso, días después de la época en que debió de realizarse el homicidio; y

"9º Aun con anterioridad a la delación de este delito, corrían ya rumores en la región, teatro de estos acontecimientos, en el sentido de afirmar que la desaparición de Acero obedecía a algún crimen perpetrado en la persona de éste.'

Carece, pues, también de base el recurrente en su alegación por el aspecto que se acaba de considerar.

En lo que atañe, finalmente, a la primera causal invocada por el recurrente, éste la funda en que, "dictada la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad, se interpretó y aplicó mal el artículo transitorio B del Acto legislativo número 3 de 1910 y el artículo 598 del Código Penal, que señalan la pena máxima de veinte años de presidio al asesino en los casos más graves, cuando aquí ha debido anularse la causa, y declararse que el veredicto es notoriamente injusto, por no haber prueba de la perpetración del homicidio en Arquimedes Acero."

Como se ha visto, careciendo, como carece de razón y fundamento todo lo expuesto por el recurrente en relación con los vicios procesales y la prueba del cuerpo del delito, consecuencialmente queda sin base la causal alegada, por cuanto que el juzgador se limitó a aplicar las correspondientes disposiciones de la ley penal sustantiva, de acuerdo con el veredicto del Jurado, el cual se halla respaldado ampliamente, según se vio, por las pruebas del informativo.

No está por demás expresar en este fallo, en relación con lo anotado por el recurrente como irregularidad, diz que por haberse dividido la continencia de la causa, que tal irregularidad no existe, como se dejó manifestado atrás, comoquiera que el juzgamiento de Elvira Camacho, procesada juntamente con Nicodemus Hernández y Muñoz o Basto, correspondió, de acuerdo con la ley, por haberse enfermado aquélla de lepra, al Juez de Circuito interno de Contratación, en donde sí existe tal Juzgado, según informe personal que al Magistrado sustanciador de este negocio acaba de dar la Dirección General de Lazaretos. Pero aun cuando esto no fuera así, no se debe perder de vista que el defensor del recurrente carece de personería para alegar cualquier cosa en el particular, porque no tiene representación ninguna en autos por parte de la Camacho.

No se debe dejar pasar inadvertida en esta providencia la circunstancia observada por el Tribunal, de la considerable e injustificada demora, al parecer, en que se ha incurrido en este asunto; pues basta ver en el cuaderno C del Juzgado del conocimiento, a folio 152 vuelto, que dictado un auto con fecha veintinueve de julio de mil novecientos veintiuno, no se le dio cumplimiento, y el negocio permaneció en suspenso hasta el día diez y seis de marzo de mil novecientos veintiocho, sin que aparezca motivo para ello. Así, pues, debe ordenarse sacar copia de lo pertinente, para averiguar la responsabilidad en que hayan podido incurrir los empleados respectivos por las demoras en referencia.

Por lo demás, la sentencia recurrida, de acuerdo con las observaciones que preceden, debe mantenerse firme en todas sus partes.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en armonía con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido objeto del recurso, y ordena, al propio tiempo, que se saque copia de lo conducente para averiguar la responsabilidad, por demoras, en que se haya podido incurrir en este asunto.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Dos hechos delictuosos imputados al doctor Fidel Perilla Barreto, se han investigado en este proceso, el uno de injurias contra el ex-Gobernador de Boyacá, doctor Celso Rodríguez, y otro de abandono del puesto de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Primer cargo.

Dio origen a la investigación el siguiente telegrama que el Gobernador, doctor Rodríguez, dirigió a la Corte, y que ésta dispuso pasar al Procurador, el cual comisionó al Alcalde de Tunja para levantar el informativo, que luégo fue perfeccionado por esta Sala.

Con motivo del incidente suscitado entre el mencionado Gobernador y el doctor Fidel Perilla Barreto, el diez y ocho de septiembre de mil novecientos treinta, aquel funcionario dictó la siguiente Resolución:

"RESOLUCION NUMERO 247 DE 1930

"(septiembre 18)

"por la cual se impone una pena.

"**El Gobernador del Departamento,**

en ejercicio de sus atribuciones legales, y

"**considerando**

"Que el ordinal 18 del artículo 127 del Código Político y Municipial faculta a los Gobernadores para castigar con multas hasta de doscientos pesos, o con arresto hasta de un mes, a los que le falten al respeto debido, en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

"Que el señor doctor Fidel Perilla Barreto, hallándose en estado de embriaguez, penetró al Despacho del Gobernador, en horas hábiles del día de hoy, e irrespetó a la persona que desempeña la primera magistratura del Departamento, con palabras injuriosas, por razón de los actos oficiales ejecutados en el ejercicio de sus atribuciones, en presencia del Secretario de la Gobernación,

"**resuelve:**

"Impónese al citado doctor Perilla Barreto la multa de doscientos pesos ($ 200) moneda corriente, por razón de los irrespetos inferidos al Gobernador en las horas de la tarde del día de hoy, multa que será pagada dentro del término y en la forma que prescriben las disposiciones legales.

"Notificada que sea esta Resolución al penado, se comunicará al Tesorero General del Departamento para su efectividad.

"Dada en Tunja, en el Palacio de Gobierno, a 18 de septiembre de 1930.

"C. RODRIGUEZ O.

"El Secretario de Gobierno, Odilio Vargas."

Es necesario examinar en primer término si, como lo sostiene el Procurador, fuera de esa sanción correccional existe responsabilidad, además, por el delito de injurias, en armonía con lo que dispone el artículo 313 de la Ley 4ª de 1913, que dice:

"Al que sea castigado correccionalmente por una falta, no se le puede seguir causa por la vía ordinaria por la misma falta, a menos que se haya ejecutado un hecho que constituya a la vez desacato o desobediencia al empleado público, y un delito o falta diversa, definidos especialmente en la ley penal.

"En estos casos se puede castigar el desacato al empleado por la vía correccional, y el otro delito o falta que constituye el hecho, por la vía ordinaria,"

El Gobernador entendió que solamente se había cometido un irrespeto o desacato a la persona y a la autoridad que él desempeñaba, como se deduce de los propios términos de su Resolución, que se transcribió anteriormente, y esto mismo se deduce de lo que informó su Secretario privado, el señor Teodoro Guevara, y en cuyo dicho se basó aquella Resolución.

Algo más: el telegrama que el Gobernador dirigió a la Corte no contiene denuncio, es apenas una información sobre el incidente, y por haber tenido entonces el doctor Perilla el cargo de Magistrado del Tribunal.

Mas en la investigación han venido a figurar las declaraciones de los testigos José María Mejía y Joaquín Lesmes, los cuales expresan que el doctor Perilla Barreto le dijo, además, al Gobernador doctor Rodríguez, que era hermano de un asesino. Esta frase, lanzada por el doctor Perilla, es la que ha servido al Procurador para estimar que, además del hecho que dio lugar a la sanción correccional, se cometió por separado el delito de injurias.

Pero si se tiene en cuenta que al siguiente día del suceso, el doctor Perilla envió al Gobernador Rodríguez una carta, en la cual le daba muy amplias explicaciones y aun excusas, que fueron hasta cierto punto aceptadas por éste, como se verá más adelante, es el caso de dar aplicación al artículo 764, en armonía con el 752 del Código Penal, según los cuales, el culpable de injuria quedará en cualquier tiempo relevado de pena, y por consiguiente de responsabilidad, mediante satisfacciones que acepte el ofendido.

El contenido de esa carta es el siguiente:

"Tunja, septiembre 19 de 1930

"Señor doctor don Celso Rodiguez O.—En la ciudad.

"Muy estimado y apreciado doctor:

"Estoy apenadísimo con usted por el enojoso incidente de ayer en su Despacho. Le ruego me excuse. El amor a mi partido y algunos tragos que nos tomamos con algunos amigos que llegaron de fuera muy alarmados por el nombramiento de Alcaldes en personas un poco apa-

sionadas, me hicieron ir donde usted, y meter, como se dice vulgarmente, la pata, no habiéndole tratado, como se debía, el asunto con calma y serenidad.

"Tenga la seguridad de que siempre le he profesado a usted alta estimación y se la profeso.

"Con sentimientos especiales de respeto, me suscribo su atento y seguro servidor.

(Firmado). **"Fidel Perilla Barreto"**

Tal carta fue recibida por el doctor Rodríguez, quien le dio el alcance que le correspondía, es decir, el de una verdadera satisfacción, aceptada por él, como se deduce de los términos de la indagatoria que rindió en esta Sala el doctor Rodríguez, con fecha trece de agosto de mil novecientos treinta y uno, en el sumario seguido contra él por atentado contra los derechos individuales o abuso de autoridad, con motivo de la sanción que le impuso al doctor Perilla Barreto, y de que se ha hablado, y en virtud del denuncio presentado por éste, sumario que terminó con sobreseimiento.

En esta declaración-indagatoria manifestó el doctor Rodríguez:

"..... el doctor Perilla Barreto me escribió al día siguiente de lo ocurrido una carta, en que confiesa su estado de beodez y me pide excusas; esa carta la hice publicar, porque él mandó una correspondencia al **Nuevo Tiempo**, de esta ciudad, en que trataba de echarme toda la culpa del incidente a mí solo, y con la publicación de la referida carta quedó comprobado que él era el único responsable, carta que presentaré oportunamente."

Esa carta la presentó el doctor Rodríguez en ese informativo, y además la hizo publicar, con lo cual puso de presente su aceptación a lo que ella contenía, y aun le dio así a la satisfacción el carácter de pública.

Como se dijo en el fallo que contiene el sobreseimiento pronunciado a favor del doctor Rodríguez, y de que se ha hecho mérito, la mencionada carta habría bastado para dar por terminado el incidente sin menoscabo alguno para la autoridad de que estaba entonces investido el doctor Rodríguez, ni para su persona; pues al escribirla el doctor Perilla, reconoció la grave falta que había cometido, pidió oportunamente amplias excusas, puso de presente el respeto y la estimación que siempre le había merecido el doctor Rodríguez, y, sobre todo, se manifestó profundamente arrepentido, lo que vale más y es de mayor trascendencia qe cualquiera resolución o fallo de carácter correccional o punitivo.

Segundo cargo.

Abandono del puesto de Magistrado del Tribunal de Tunja.

El doctor Perilla solicitó licencia presidencial por cinco días para retirarse del cargo de Magistrado del Tribunal de Tunja, la que le fue concedida a partir del veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta.

Es verdad que transcurrieron diez días sin que hubiera vuelto a ocupar su puesto, y sin que durante ese tiempo hubiera dado cuenta a la autoridad encargada de hacerlo reemplazar, llamando al respectivo suplente.

Tal situación ha dado margen para que el señor Procurador opine que debe enjuiciársele por abandono del puesto, en armonía con lo que dispone el artículo 526 del Código Penal.

El doctor Perilla, para demostrar que si no había ocupado oportunamente su puesto en el Tribunal, tal cosa había sucedido por enfermedad, citó a los testigos señores Antonio Rivadeneira G., Jorge Miguel Suárez, Melquisedec Amézquita y Avila y José del Carmen Salinas, los cuales declaran que, en realidad, el doctor Perilla había estado enfermo en Chiquinquirá, precisamente en los días en que ha debido volver al Tribunal, enfermedad que le obligó a guardar cama, según pudieron observarlo, con ocasión de la visita que entonces le hicieron. Figura también en esas pruebas la del médico que lo asistió, doctor Tito Simón de Rojas, y quien manifiesta que el doctor Perilla padeció de una conjuntivitis, y es bien sabido que esta enfermedad es muy mortificante y exige para su curación encierro, calma y oscuridad.

El artículo 526 del Código Penal, citado por el Procurador, exime de toda responsabilidad al funcionario o empleado público que no vuelva a desempeñar el empleo, cumplida la licencia que se le hubiere otorgado, cuando tal cosa sucede por motivo de enfermedad, circunstancia que se ha comprobado plenamente, y si bien es cierto que el mismo artículo hace responsable por abandono al empleado que, existiendo el impedimento no lo avisare inmediatamente que pueda a la autoridad a quien corresponda otorgar la licencia, tal evento no ocurrió, puesto que el doctor Perilla se dirigió al Gobernador tan pronto como las circunstancias se lo permitieron; es conveniente advertir que al mismo tiempo que avisó para que se le reemplazara con el fin de que la administración de justicia no se perjudicara, presentó ante la Corte renuncia del puesto de Magistrado, la cual le fue aceptada.

No existe, por tanto, base suficiente, ni por lo que se refiere al cuerpo del delito, ni por lo que se refiere a la responsabilidad, para abrir causa criminal por los dos cargos que se han dejado examinados.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente en favor del doctor Perilla por los hechos que se han estudiado en la parte motiva de esta providencia, y los cuales dieron origen a la formación de la presente instrucción sumaria.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

El Jurado que intervino en la presente causa criminal, abierta por el señor Juez 1° Superior de Buga, profirió su veredicto así:

"Primer cuestionario.

"¿El acusado José J. Cardona es responsable, conforme al auto de proceder, de haber tomado en concurso recíproco con Manuel S. Correa, mediante fuerza y violencia hecha a las cosas, y con ánimo de apropiárselos, varios paquetes postales con efectos de comercio, por valor de

dos mil doce pesos setenta y cinco centavos ($ 2,012-75), efectos que venían del Exterior para algunos comerciantes de Pereira y Manizales, hecho ocurrido en la bodega del Ferrocarril del Pacífico, en la población del Zarzal, en la noche del tres al cuatro de julio de mil novecientos treinta?"

El Jurado contestó: "Sí."

"Segundo cuestionario.

"¿El acusado Manuel S. Correa es responsable, conforme al auto de proceder, de haber tomado en concurso recíproco de José J. Cardona, mediante fuerza y violencia hecha a las cosas, y con ánimo de apropiárselos, varios paquetes postales con efectos de comercio, por valor de dos mil doce pesos con setenta y cinco centavos ($ 2,012-75), efectos que venían del Exterior para algunos comerciantes de Pereira y Manizales, hecho ocurrido en la bodega del Ferrocarril del Pacífico, en la población del Zarzal, la noche del tres al cuatro de julio de mil novecientos treinta?"

El Jurado contestó: "Sí."

Afirmada así la responsabilidad de los acusados, el Juez Superior profirió sentencia con fecha veintiuno de septiembre último, en la que condena a cada uno de ellos, con aplicación del artículo 780 del Código Penal, a diez años y cuatro meses de presidio, previa calificación de la delincuencia en segundo grado, pero rebajando discrecionalmente la sexta parte de que trata el artículo 124 ibídem.

El Tribunal Superior, considerando que debía aplicarse el artículo 780, reformó la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a cada uno de los procesados a la pena de diez años, un mes y cinco días de presidio.

Contra este fallo, que es de fecha veinticinco de noviembre del año próximo pasado, interpusieron recurso de casación el defensor de los procesados y el Fiscal del Tribunal Superior.

En el único escrito presentado por el defensor se lee en lo sustancial:

"..... propongo recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia, contra la sentencia que pronunciasteis el veinticinco de noviembre próximo pasado, confirmatoria de la del Juzgado 1º Superior, por la cual se condena a mis patrocinados a una pena mayor de diez años de presidio; recurso que apoyo en las causales primera y tercera del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, por la cual se establece y reglamenta el recurso de casación en materia penal, por ser tal providencia violatoria de la ley penal, en razón de haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, y por no estar en consonancia con las comprobaciones auténticas del proceso.

"Oportunamente elevaré ante dicha entidad el memorial correspondiente para fundar el recurso que establezco, ampliando las causales en que me apoyo, llegado el caso."

Como se ve, este escrito se limita a enunciar la causal primera y otra, que aludiendo a la tercera, no está reconocida así en la ley de casación. Por ello, y comoquiera que el señor Procurador, al hacer el estudio de que trata el artículo 6º, Ley 118 del año pasado, no encontró fundamento a tales causales, no hay materia para estudio de fondo en lo que respecta al recurso interpuesto por el defensor de los sentenciados.

El señor Fiscal, sobre la base del artículo 4º, Ley 78 de 1923, propone el recurso e invoca la causal primera, sustentándola así:

Afirma que el fallo es violatorio de la ley penal, por haberse aplicado el artículo 782 del Código Penal en lugar del 780, que aplicó el Juez Superior en el fallo de primera instancia, pues considera que habiéndose verificado el robo en la bodega del Ferrocarril del Pacífico, estación del Zarzal, donde hacen el servicio de vigilancia algunos empleados de la Empresa, debe reconocerse que el delito se consumó en un lugar habitado, circunstancia que le agrega al hecho la especial gravedad que tiene prevista el artículo 780.

Hace alusión a las pruebas de autos para demostrar que, efectivamente, en la noche del robo varios empleados hicieron el servicio de vigilancia en aquella bodega; y después de varias consideraciones relativas a la mayor peligrosidad del sujeto que roba en un lugar habitado, concluye pidiendo que se infirme parcialmente el fallo.

Para resolver, se considera:

Aunque accidentalmente una bodega de ferrocarril pueda servir para alojamiento, es lo cierto que su destino natural corresponde a un propósito muy distinto, como es el de almacenar la carga de tránsito por la vía férrea; lo que quiere decir que si los ladrones, burlando la vigilancia y penetrando a la bodega, lograron sustraer mediante fuerza y violencia las mercancías materia del robo, el caso está previsto por el artículo 782, en donde se lee:

"El reo de robo cometido con fuerza y violencia hecha a las cosas solamente, **en edificio no destinado a habitación,** o en heredad u otro sitio cercado, sufrirá la pena de uno a dos años de presidio."

Es verdad que el artículo 780, invocado por el señor Fiscal, se refiere al robo cometido con fuerza y violencia en las cosas solamente, y que se cometiere en casa, cuarto, aposento, choza, barraca o cualquier otro edificio o lugar habitado, o destinado a habitación, o en sus dependencias, lo que parece dar a entender que no es preciso que el edificio sea destinado a habitación, sino que basta que él se encuentre habitado cuando el delito se verifique, para que sea aplicable tal artículo. Pero siendo tan claros los términos del 782, en cuanto allí se habla de edificio no destinado a habitación, y siendo así que la pena impuesta por este último artículo es más benigna, debe admitirse que la duda, si la hay en cuanto a la aplicación de uno u otro artículo, esto es el problema planteado por el señor Fiscal, debe resolverse en favor del acusado, máxime cuando se trata de una bodega, que por su naturaleza o destino no es una habitación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, abril dos de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en sentencia de veinticinco de julio de mil novecientos treinta y uno, y refiriéndose a la demanda que el señor Pedro Manuel Dávila instauró contra la Nación para que se hicieran las declaraciones de que luégo se hablará, resolvió que la Nación no está obligada a responder como demandada en este juicio. Y como el actor no se conformó con este fallo, en virtud del recurso de apelación que interpuso, y que le fue legalmente concedido, le corresponde hoy a la Corte decidir del mérito jurídico del mismo, una vez que están satisfechos los trámites de la instancia.

Materia de las peticiones solicitadas en la demanda, fue la restitución de la posesión del uso de las aguas del riachuelo o quebrada de **Orihueca**, situado en el Corregimiento del mismo nombre, Municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena; la restitución de la bocatoma o bocacaz, abierta en la ribera norte o derecha del riachuelo mencionado, en la porción del predio comprendido entre los linderos que allí se citan y la destrucción del terraplén y estacado que rellena o cierra la bocatoma que impide la entrada o captación de la porción de aguas del riachuelo mencionado, que regaban las plantaciones que el actor ha poseído.

Como hechos fundamentales de esta acción, sintéticamente se mencionan los siguientes:

Por Resolución número 124, de once de junio de mil novecientos veintiséis, el señor Ministro de Industrias concedió a los señores Sóstenes Sabaraíz y Carlos Julio Reyes un permiso provisional para sacar aguas de la quebrada de **Orihueca**. Este permiso fue transferido al demandante, y por virtud de él, y para hacerlo efectivo, se abrió una bocatoma en el **Pozo de la Dama**, de la citada quebrada, y un acueducto o acequia para llevar el agua, no sólo al predio para cuyo riego fue concedida la merced, sino también a otros varios, entre los cuales se cuentan algunos que no son riberanos de la quebrada **Orihueca**. Estimando otros propietarios de la orilla opuesta que sus derechos eran menoscabados con la merced concedida en la Resolución ya citada, acusaron ésta ante el Consejo de Estado, el cual decidió en favor de las pretensiones de los demandantes, anulando, en consecuencia, la Resolución del Ministro. Conocido por el Ministerio el fallo del Consejo de Estado, ordenó al Alcalde de Ciénaga ejecutar la sentencia, y éste procedió al cegamiento de la bocatoma mencionada. Por este acto de la autoridad administrativa, el demandante se ha considerado despojado de su derecho a las aguas, y ha entablado el juicio de despojo de que al presente se trata.

Fundamentos de derecho de esta acción fueron las disposiciones de los artículos 673, 983, 993, 974 y demás pertinentes del Código Civil.

Para fundar su decisión, el Tribunal de primera instancia hizo el siguiente comentario:

"Según lo que acreditan los documentos que obran en los autos, la Resolución de 19 de agosto de 1929 (sea o nó legal), del Ministerio de Industrias, entendió cumplir una decisión del Consejo de Estado, que anuló otra en que se concedía un permiso de sacar aguas de la quebrada de **Orihueca**. Y tal providencia del Consejo de Estado se dictó en consideración a una demanda que varias personas intentaron ante dicha corporación, con motivo de estimar perjudicados sus derechos con la concesión del permiso sobre regadío.

"A los dichos particulares, proponentes del juicio de nulidad de la primitiva resolución concesionaria del permiso, fue a quienes favoreció la orden de cierre de la bocatoma, y es, por consiguiente, en poder de ellos, en donde se encuentra la cosa que motiva la acción de restitución, la cual no es otra, en el fondo, que el derecho al beneficio de las aguas de la quebrada de **Orihueca**, que con la primitiva resolución del permiso se consideró mermado.

"Tales particulares, los herederos de Diógenes Noguera, son las personas que pueden tener interés, y lo tienen, de que lo estatuído por el Consejo de Estado, o más claramente, lo resuelto por el Ministerio sobre el cierre de la bocatoma, se conserve tal como fue dispuesto, porque justamente fue el acto contrario, la apertura del bocacaz, lo que dio motivo a que se estimaran perjudicados en sus derechos de riberanos.

"Si eso no fuera así, la sentencia que se dictase aquí, en el supuesto de ser favorable al actor, no podría obligarlos a ellos, que no habían sido partes en el juicio especial."

Por su parte, el señor Procurador General de la Nación, al satisfacer el traslado que se le ha conferido en esta instancia, dice:

"En parte explicativa de su demanda se expresa el demandante en los términos siguientes:

'Por todo lo expuesto, la acción que instauro como principal es la de despojo; en subsidio de ésta, entablo la de perturbación, ya que no son contradictorias entre sí (artículos 269 y 270 del Código Judicial). Debo advertir que el procedimiento de la acción posesoria de despojo comprende dentro de sí el de la perturbación: seis días para la primera de traslado (artículo 283, Ley 105), cuarenta y ocho horas para la segunda (si se trata de ésta, se beneficiaría, pues, el demandado con un término mayor; la apelación es, en el efecto suspensivo, en el primer caso; devolutivo, en el segundo, etc., siempre en beneficio del demandado, si se tramita como despojo una acción de perturbación). Léase la Jurisprudencia marcada con el número 257, del Tribunal de Bogotá (obra del doctor Luis Felipe Latorre): 'No se pueden ejercitar simultáneamente, y como principales, las acciones posesorias de despojo y perturbación, es decir, que como principal la una y la otra subsidiaria, si es ello posible.' Empero, en todo caso, la acción que instauro como principal, y a ella me acojo, es la de despojo, que verdaderamente es lógica y procedente."

Y comentando estas peticiones, el mismo Procurador dice:

"Las acciones de perturbación y despojo no pueden, a mi juicio, ni tenerse ni ejercitarse simultáneamente. No pueden tenerse, puesto que exigen la coexistencia de condiciones contradictorias como, por ejemplo, la primera requiere la actual posesión del demandante, mientras que la segunda exige precisamente que éste haya sido privado de ella. Tampoco puede ejercitarse en el

mismo juicio, porque la tramitación del juicio posesorio por perturbación es en términos y formalidades distinta del juicio posesorio de despojo. Así que, en mi concepto, si en una demanda como la presente, se pretenden ejercitar, como expresamente lo expone el demandante en el párrafo transcrito, estas dos acciones contradictorias, y se procura la prosecución simultánea de juicios diferentes, no puede menos de darse una petición de un modo indebido. Excepción esta que alego, primero que todo, en defensa de los intereses nacionales."

Ahora bien: teniendo en cuenta estas observaciones, y vistos los términos del artículo 270 del Código Judicial vigente entonces, según el cual "en una misma demanda se pueden también proponer subsidiaria y condicionalmente, dos remedios contrarios, cuando los derechos son tales, que no se destruyen por la elección, o que por cualquiera otra razón no se consideren incompatibles"; antes de resolver acerca del fondo de la cuestión propuesta, es necesario decidir si existe o nó la excepción de petición de modo indebido propuesta por el señor Procurador.

Vistas las peticiones de la demanda respecto de las acciones que se ejercitan, y apareciendo instaurada como principal la de despojo y como subsidiaria la de perturbación, hay que decidir si los derechos que se reclaman pueden o nó destruírse por la elección, o si por otra causa o razón pueden considerarse incompatibles.

Quien demanda haciendo uso de la acción posesoria de despojo, debe patentizar que ha perdido la posesión, y quien solicita cese la perturbación en su posesión, declara que conserva el ejercicio de la posesión misma; quien pide se le restituya la posesión, no puede pedir a la vez, subsidiariamente, que no se le perturbe en la misma, y al pedir lo primero, esto es, eligiendo la acción de despojo, hace incompatible la acción de perturbación, desde luégo que lo segundo no puede pedirse careciendo del fundamento de la acción primera, es decir, la pérdida de la posesión; luego las dos acciones son incompatibles, y eligiéndolas conjuntamente ambas se destruyen.

Además: es evidente que las dos acciones, aun con un procedimiento especial, es decir, se tramitan en juicios de esta clase, tienen términos distintos, y si se tramitaran bajo una misma cuerda, siendo distintos los efectos en que el recurso de apelación puede concederse, la sentencia que se dicte en el uno y en el otro tiene resultados diversos acerca de su ejecución, y en este caso se llega a la conclusión prevista por la jurisprudencia y aceptada hoy por la Ley 105 de 1931, como motivo para que en una demanda no puedan ejercitarse varias acciones, el que éstas no se puedan sustanciar bajo una misma cuerda por tener distinto procedimiento judicial (artículo 209, Ley citada).

En sentencia de veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y uno, esta Sala dijo:

"El actor involucra en la demanda peticiones que corresponden a dos juicios distintos, que se siguen por trámites diferentes, pues a la vez que establece juicio posesorio por despojo, y pide la entrega o restitución del solar, solicita por otra parte que se hagan cesar los actos de perturbación, consistentes en impedirle una construcción que está ejecutando, y no en permitirle el goce de su propiedad.

"Lo primero constituye un juicio posesorio de restitución por despojo, y lo segundo un juicio de perturbación en la posesión.

"No solamente son diferentes los procedimientos señalados por la ley para estas dos clases de juicios, sino que éstos se excluyen entre sí: si el actor está en posesión de la cosa, no se explica la petición de que se le entregue ésta, y si no está en posesión de ella, no se advierte cómo pueda ser perturbado en la posesión.

"Está demostrada, pues, la excepción perentoria de petición de un modo indebido, y esta excepción puede y debe ser declarada de oficio, al tenor de lo estatuído en el artículo 51 de la Ley 105."

Como corolario de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala le Negocios Generales, procediendo en conformidad en el fondo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de petición de un modo indebido, y por este aspecto confirma la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, abril catorce de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Corresponde a la Corte revisar, en virtud de apelación interpuesta por la parte demandante, la sentencia de diez de diciembre de mil novecientos veintinueve, por la cual el Tribunal Superior de Manizales declaró probada la excepción de petición de un modo indebido y decidió en consecuencia que no había lugar a hacer ninguna de las declaraciones impetradas por la sociedad anónima A. Angel & Compañía, domiciliada en Medellín, en demanda de fecha primero de julio de mil novecientos veintiséis, dirigida contra el Departamento de Caldas, y en la cual se pidió se decidiera:

"a) Que es nulo el juicio de expropiación seguido por el Departamento de Caldas contra el señor Alejandro Angel L., ante el señor Juez 1º del Circuito en lo Civil de esta ciudad, juicio que se inició con la demanda fechada en esta ciudad el día once de marzo de mil novecientos veinticinco, suscrita por el doctor Francisco J. Ocampo, como apoderado de aquella entidad, que versó sobre la expropiación de las tres zonas o fajas de terreno descritas en el número 5 de esta demanda, y en el cual aquel funcionario dictó la sentencia fechada el diez y seis de marzo de mil novecientos veinticinco, que decreta la expropiación de dichas zonas de terreno.

"b) Que es igualmente nula la sentencia fechada el 16 de marzo de 1925, y proferida en el juicio mencionado en la declaración anterior, sentencia que es la misma mencionada en la parte final de dicha declaración.

"c) Que ni el juicio ni la sentencia de expropiación citados en las dos declaraciones que preceden, tuvieron virtud o eficacia jurídicas para traspasar al Departamento de Caldas el dominio que sobre las zonas referidas en el número 5 de esta demanda ha tenido y tiene la sociedad demandante A. Angel & Compañía, S. A.

"d) Que la sociedad demandante A. Angel & Compañía, S. A.—antes del juicio de expropiación de que se trata en la petición a) que precede, durante ese juicio

y después de él—ha sido y es dueña exclusiva de las tres zonas o fajas de terreno a que se refiere el número 5 de esta demanda, por hacer dichas fajas parte integrante del inmueble **Las Pesebreras de Oriente**, demarcado en el número 2º de esta demanda, inmueble que pertenece en propiedad a la Compañía demandante.

"e) Que el Departamento de Caldas está en la obligación de restituír, dentro del término legal de tres días o dentro del que ese honorable Tribunal fije de acuerdo con la ley, las citadas tres zonas de terreno y de desocupar por completo y dentro del mismo término, el inmueble conocido con el nombre **Las Pesebreras de Oriente**, que se alinderó en el número 2º de esta demanda, restitución y desocupación que hará en favor de la Compañía demandante.

"f) Que el Departamento de Caldas está en la obligación de pagar a A. Angel & Compañía, S. A., dentro de seis días o dentro del plazo que ese honorable Tribunal fije de acuerdo con la ley, la suma de cincuenta y tres mil quinientos pesos ($ 53,500) oro legal, valor de los perjuicios anotados en los números 6 y 7º de esta demanda, más el monto del lucro cesante que se causare a deber desde hoy hasta el día en que el Departamento devuelva a la Compañía demandante todos los bienes citados en la letra anterior, computado dicho lucro a razón de cuatrocientos pesos ($ 400) oro mensuales."

En subsidio de esta última postulación se solicitó fuera condenado el Departamento a pagar a la Compañía demandante la suma en dinero que según dictamen de peritos y los demás elementos probatorios del juicio, resultara ser el valor de los perjuicios anotados en la demanda.

Los hechos fueron expuestos así:

"1º Por escritura número 875, otorgada el día 28 de abril de 1924, ante el señor Notario 1º del Circuito de Medellín y registrada en la oficina de Registro del mismo Circuito el día 12 de mayo del mismo año, se constituyó la sociedad anónima A. Angel & Compañía, S. A. El extracto social correspondiente fue registrado a su vez en el Juzgado 2º del Circuito en lo Civil, que funciona en aquella ciudad, el día 30 del citado abril, bajo el número 70. En consecuencia, dicha sociedad quedó legalmente constituída desde esta fecha.

"2º Uno de los socios fundadores de A. Angel & Compañía, S. A., el señor Alejandro Angel L., habiendo tomado para sí varias acciones de la Compañía, dio en pago de ellas y con el beneplácito y aceptación de los demás, entre otros bienes, el inmueble conocido con el nombre de **Las Pesebreras de Oriente**, situado en las afueras y al oriente de esta ciudad, con frente a la Avenida Cervantes, y que generalmente linda así: De la esquina noroeste de la fábrica de fósforos perteneciente a la Compañía Fosforera Colombiana, viniendo hacia el Occidente, a lindes con la Avenida Cervantes, hasta dar con el solar del Coronel Marco A. Alzate; siguiendo el lindero con éste, hacia el Sur, en una extensión de cincuenta varas; volteando por este mismo lindero, hacia el Occidente, en una extensión de veinte varas, hasta encontrar una chamba, lindero con el solar del Instituto Universitario, perteneciente al Departamento de Caldas; siguiendo esta chamba al Sur, hasta encontrar un amagamiento; siguiendo por éste, hasta donde le cae otro amagamiento, lindero con propiedad de Rufino E. Murillo; bordeando el lindero con éste, hasta salir al Occidente a la calle pública; calle abajo, hasta encontrar el lindero con propiedad de Alejandro Londoño & Compañía; siguiendo éste, hasta encontrar un amagamiento; amagamiento abajo, hasta la quebrada de **Las Peñitas**; ésta abajo, hasta el lindero de camino Botero, siguiendo luégo hacia el Oriente por una chamba, lindando con el mismo Botero, hasta el primer filo o cuchilla; continuando la misma chamba hacia el Oriente, por el lindero, con terreno de los herederos de Luis López, hasta una quebrada; quebrada arriba, hasta el lindero de Marco Jaramillo; siguiendo por este lindero hacia el Norte, aproximadamente, hasta un alto; de ahí, por el lindero, con herederos de Justiniano Mejía, hasta el solar de la fábrica de fósforos citada; bordeando este solar, lindero con la misma fábrica, hasta salir al punto de partida.

"3º El inmueble que se menciona en el número anterior es el mismo que figura bajo el número 13 del artículo 85 de la mentada escritura social; la tradición del mismo quedó consumada en favor de la sociedad el día 28 de mayo de 1924, fecha ésta en que la citada escritura fue registrada en el libro 1º de la Oficina de Registro de este Circuito de Manizales. De todo lo anterior existe constancia en la copia auténtica de dicha escritura número 875, que acompaño para que preste su mérito probatorio en el presente juicio.

"En virtud del aporte y de la tradición mencionados en los dos numerales que preceden, la sociedad que represento entró, desde el 28 de mayo de 1924, a poseer, con pleno derecho, la mentada propiedad raíz, posesión que fue respetada por todo el mundo hasta principios de febrero del presente año, en que este Departamento de Caldas, sin razón alguna justificable, entró en dicho inmueble y comenzó a hacer en él grandes banqueos y otras obras, sin que mediara la menor autorización por parte de su dueño.

"5º Habiéndose llamado la atención a los representantes del Departamento de Caldas sobre los ataques que llevaba a cabo en la mencionada propiedad, aquéllos sostienen que esta entidad de Derecho Público es dueña de las siguientes zonas o fajas de terreno, todas incluídas totalmente en dicha propiedad, y destinadas, según entiendo, a la vía del ferrocarril de Caldas, en construcción: Zona 1ª Está situada entre las abscisas 416.80 y 802.70, conforme a los planos y trazados del citado ferrocarril, y mide trescientos ochenta y cinco metros noventa centímetros de longitud (385-90) por veinte (20) de ancho. Zona 2ª Situada entre las abscisas 812 y 840 de los citados planos, y mide veintiocho (28) metros de longitud por veinte (20) de ancho. Zona 3ª Situada entre las abscisas 3.266 y 3.367 de los mismos planos y trazados, y mide ciento un metros (101) de longitud por veinte (20) de ancho. Como ya dije, estas tres zonas o fajas de terreno hacen parte integrante del inmueble **Las Pesebreras de Oriente**, demarcado en el número 2º de esta demanda.

"6º El Departamento de Caldas no sólo ha procedido a verificar el banqueo de las mentadas fajas de terreno y a terraplenar parte de ellas, sino que para ejecutar esas obras o con el pretexto de ejecutarlas, ha ocupado de hecho casi todo el inmueble en donde se encuentra, penetrando en él numerosas partidas de animales que con-

ducen materiales para las obras, destruyendo en parte los cercos generales de la finca y los que separan entre sí las distintas porciones en que ella se divide, dejando que las recuas de animales pasten en las mangas y en las sementeras, ordenando, haciendo y permitiendo que los trabajadores extraigan piedra y tierra en toda la propiedad, ocupando ésta con piedras, arena y demás materiales, lo mismo que con ramadas para la guarda de éstos y el servicio de los trabajadores, etc., de tal modo que de dicha propiedad sólo quedan libres hoy los pequeños edificios que dan frente a la Avenida Cervantes y la parte destinada para pesebrera, contigua a dichos edificios.

"7º Todos estos atropellos cometidos por el Departamento de Caldas han venido perpetrándose desde principios de febrero del presente año, con la circunstancia de que cada día son más graves, por el incremento que van tomando las obras y sin que haya valido ninguna clase de gestiones para evitarlos. Muchos y muy graves perjuicios ha sufrido y sufre A. Angel & Compañía, S. A., por esta causa, y ellos pueden clasificarse así: los que se refieren exclusivamente al demérito de las predichas tres zonas de terreno banqueadas y terraplenadas, las cuales han disminuído una mitad de su valor, la que estimo en diez mil pesos ($ 10,000) oro; los provenientes del demérito general que recibe toda la finca por razón de tales banqueos y terraplenes, los cuales dividen aquella propiedad en dos porciones completamente aisladas entre sí, quedando una de ellas, la situada hacia el Sur, sin cómoda salida a la vía pública, mas el grave peligro que constituye para ambas los profundos zanjones de los banqueos y la mucha altura de los terraplenes, obras éstas que han inutilizado varias fajas de terreno adyacentes, las cuales por quedar muy angostas y de poca extensión, no dan campo a construcciones de ninguna clase ni pueden ser aprovechadas económicamente, razones todas estas que hacen desvalorizar el inmueble en no menos de cuarenta mil pesos ($ 40,000) oro, suma en que estimo los perjuicios; los que se relacionan con la destrucción de los cercos, de las sementeras, valor de la piedra extraída en la propiedad, daños causados con dicha extracción, etc., los estimo en mil quinientos pesos ($ 1,500) oro, y por último, el lucro que la Compañía que represento ha dejado de obtener de la citada propiedad por la ocupación efectuada por el Departamento de Caldas desde principios de febrero último, lucro que estimo a razón de cuatrocientos pesos ($ 400) oro mensuales, y que asciende, en los cinco meses corridos desde entonces hasta hoy, a dos mil pesos ($ 2,000) oro. Como se ve, todos estos perjuicios, sin contar los causados por razón de abogados, mediadores, costas judiciales, etc., ascienden a la no despreciable suma de cincuenta y tres mil quinientos pesos ($ 53,500) oro, más el valor del lucro cesante que se cause a deber desde hoy hasta el día en que el Departamento restituya materialmente tanto las zonas del terreno que se reivindican como las demás partes del inmueble Las Pesebreras de Oriente que ha ocupado.

"8º Como lo insinué en otro lugar, el Departamento de Caldas sostiene que es dueño de las tres zonas o fajas de terreno descritas en el número 5 de esta demanda, y funda su pretensión en el hecho de haber sido ellas materia de un juicio de expropiación seguido por aquella entidad contra la persona del señor Alejandro Angel L. Dicho juicio, seguido ante el señor Juez 1º en lo civil de este Circuito, se inició con la demanda fechada en esta ciudad el día once (11) de marzo de mil novecientos veinticinco (1925) y suscrita por el doctor Francisco J. Ocampo, como apoderado del Departamento de Caldas. A la citada demanda recayó la sentencia de fecha diez y seis (16) del mismo mes de marzo, en virtud de la cual aquel funcionario decretó la expropiación de las citadas tres zonas; como es apoderado de la entidad expropiante designó al señor Angel L. como dueño de estas zonas, y como dicho señor no fuera hallado, el juicio siguió su curso con un defensor que el señor Juez le nombró y se dio por concluído con el auto fechado el día quince (15) de febrero del presente año, que declaró que el Departamento de Caldas y la empresa del ferrocarril del mismo nombre quedaban en posesión de las tres zonas de terreno materia de aquel juicio. Mucho antes de que esto último sucediera, es decir, el día 16 de diciembre de 1925, presenté al señor Juez que conocía de la susodicha expropiación, un memorial en mi carácter de apoderado de A. Angel & Compañía, S. A., en el cual pedí que dicho funcionario declarara nulo el mentado juicio por haberse seguido contra una persona que no era dueña de la zona sobre que versaba y con perjuicio de los legítimos derechos de la mentada sociedad, que era el verdadero propietario de esas zonas; mas resultó que tanto aquel funcionario como ese honorable Tribunal, se negaron a dar curso a dicha solicitud por no ser parte en el juicio la sociedad reclamante. Sostuve en aquel incidente y sostengo hoy que esa expropiación es nula por ilegitimidad en la personería de la parte demandada y que, en todo caso, ella en nada perjudica los legítimos derechos de la Sociedad A. Angel & Compañía, S. A., por no haber sido ésta parte en dicho juicio ni haber consentido en forma alguna en lo que en él se resolvió. Hoy que el Departamento de Caldas tiene en su poder dichas fajas, sostengo también que esa posesión, aun considerándola en sí misma, no reúne todos los requisitos legales para que como tál pueda justificarse.

"9º El Departamento de Caldas es poseedor de mala fe por lo expuesto en el numeral anterior y porque desde mediados de diciembre último tuvo pleno conocimiento de que el citado juicio de expropiación era completamente ineficaz por seguirse contra quien no era propietario del bien materia de ese proceso, con la circunstancia de que cuando aquella entidad penetró en las Pesebreras de Oriente, para dar principio a las obras que ha emprendido, ya sus representantes tenían conocimiento de la reclamación que hice en nombre de A. Angel & Compañía, S. A., y del título escriturario que comprobaba la propiedad o el dominio que dicha sociedad tenía sobre las mentadas zonas de terreno. Admitiendo que el Departamento hubiera creído de buena fe que el dueño de dichas zonas era el señor Angel L., ese error procede de una negligencia grave de su parte, porque debió investigar primero quién era el dueño de ellas, cosa que es bien fácil."

El señor Fiscal 1º del Tribunal contestó oponiéndose tanto a las peticiones principales de la demanda, como a la subsidiaria y proponiendo como perentorias las excepciones de cosa juzgada e inepta demanda.

En cuanto a los hechos, respondió:

"1º Ni lo afirmo, ni lo niego, porque no encuentro en el juicio todos los datos legales necesarios para aceptar la constitución en debida forma de la sociedad anónima de A. Angel & Compañía.

"2º Es cierto este hecho, pero observo que el señor Alejandro Angel L. no hizo el aporte en forma legal del inmueble conocido con el nombre de **Pesebreras de Oriente**, situado en las afueras de esta ciudad, hacia el Oriente, pues el **dominio o propiedad** de dicho inmueble no lo transmitió aquél a la sociedad demandante con el otorgamiento de la respectiva escritura de venta, ni se pagaron los correspondientes derechos de registro respecto de la compraventa (folios 1º a 3º), por lo cual el inmueble de que se trata todavía es de propiedad del señor Angel L.

"3º La primera parte de este hecho es cierta, pero no le presto mi asentimiento a la última parte, respecto de la **tradición** de dicho inmueble, pues ésta no se efectuó en favor de la sociedad demandante.

"4º No le presto mi asentimiento a este hecho, pues la sociedad demandante nunca ha poseído legalmente el predio denominado **Pesebreras de Oriente.**

"5º Tampoco le presto mi asentimiento a este hecho, pues no me consta su primera parte, y respecto de la última observo que el Departamento de Caldas sí es dueño de las zonas o fajas de terreno de que trata este hecho, desde el momento mismo que mediante la observancia de todas las prescripciones legales y de la respectiva tramitación obtuvo la entidad demandada el **dominio o propiedad** de tales zonas o fajas, pues para ello basta consultar el juicio de expropiación instaurado contra el verdadero propietario, según consta en la demanda de fecha once de marzo de mil novecientos veinticinco, promovida por el doctor Francisco José Ocampo en nombre del Departamento de Caldas; y como consecuencia de tal demanda sobrevino la sentencia de fecha diez y seis de marzo del mismo año, en virtud de la cual el Juzgado 1º del Circuito de Manizales, como competente, pues le correspondió en repartimiento el conocimiento de ese juicio, decretó la expropiación de dichas zonas o fajas.

"6º No es cierto este hecho, en cuanto a la ocupación en la forma descrita por el apoderado de la sociedad demandante. Las obras hechas por orden del Gobierno departamental y las que en la actualidad pudieran hacerse, se han llevado a cabo dentro de una propiedad del Departamento de Caldas, según legal título obtenido de la manera expresada en el numeral anterior.

"7º No le presto mi asentimiento a este hecho, pues antes bien, rechazo el cargo de que el Departamento de Caldas haya cometido los inauditos atropellos que relaciona el apoderado de la sociedad demandante. Niego los perjuicios sufridos y rechazo de modo absoluto el derecho de dicha sociedad para reclamar alguna cantidad de dinero como indemnización de tales perjuicios.

"8º Le presto mi asentimiento a este hecho, pues es cierto, con la salvedad de que el juicio de expropiación no se siguió contra una persona que no era dueña de las zonas sobre que versaba y con perjuicio de los supuestos derechos de la sociedad demandante, pues aquél se siguió con citación y audiencia del señor Angel L., verdadero propietario.

"9º No es cierto este hecho, pues el Departamento de Caldas no es poseedor de mala fe de dichas zonas, sino que las posee de buena fe o con la conciencia de haberlas adquirido por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio, mediante un juicio de expropiación que se siguió con citación y audiencia del verdadero dueño del inmueble denominado **Pesebreras de Oriente**, por lo cual rechazo con franqueza o niego la mala fe que se le atribuye al Departamento de Caldas, una vez que las mencionadas fajas las adquirió por los medios legales, cumpliéndose todos los requisitos ordenados por las leyes y por las ordenanzas departamentales, y siendo así, el Departamento está poseyendo de buena fe dichas fajas, pues ésta se constataría con el correspondiente juicio de expropiación, el cual se siguió por los trámites legales."

Llegado como es el caso de desatar la litis en segunda instancia, se consignan las consideraciones que van en seguida.

Las dos primeras postulaciones de la demanda principal se encaminan a obtener la declaración de ser nulo el juicio de expropiación seguido por el Departamento de Caldas contra el señor Alejandro Angel L. ante el Juez 1º del Circuito de Manizales, respecto de las tres zonas de terreno para el Ferrocarril de Caldas que se especifican en la demanda, y de ser igualmente nula la sentencia proferida en el expresado juicio.

Estas nulidades se hacen depender de no haberse dirigido la demanda de expropiación contra el dueño de las referidas zonas, que se dice era a la fecha de la demanda y de la sentencia, la sociedad A. Angel & Compañía, S. A., ni haberse entendido con ésta el pleito.

El Tribunal declaró, en relación con estas acciones, procedente la excepción de petición de un modo indebido, fundada en que tratándose de anular lo actuado en el juicio de expropiación, ha debido dirigirse la demanda no sólo contra el Departamento de Caldas, sino también contra el señor Alejandro Angel L., por haber figurado éste como parte demandada en aquel juicio y no poderse, en tal virtud, resolver sin su audiencia sobre la nulidad pedida. Mas la falta de citación del nombrado señor Angel ha venido a quedar subsanada en esta instancia a causa de haberse aportado a los autos, antes del traslado para alegar de conclusión, un memorial del mismo señor Angel L., suscrito en París, en que manifiesta que coadyuva en todas sus partes la acción de nulidad ejercitada en el presente juicio, respecto del de expropiación seguido por el Departamento de Caldas y el Ferrocarril del mismo nombre, contra el memorialista.

A este escrito pertenecen los siguientes apartes:

"Por informes tengo conocimiento de que el juicio de expropiación cuya nulidad se pide en el ordinario en que hablo, se siguió erróneamente contra el suscrito por el señor Francisco José Ocampo, en su carácter de abogado del Departamento de Caldas y del Ferrocarril del mismo nombre, empresa ésta de propiedad del mencionado Departamento, sin que me fuera hecha notificación personal alguna y sin que me fuera dado aviso por persona alguna que interviniese en mi nombre en aquel juicio.

"El expresado juicio de expropiación se siguió por error contra el suscrito, porque conforme a las leyes pertinentes, debió seguirse contra el propietario del inmueble que se pretendía explotar, y del predio de **Las Pesebreras de Oriente**, del cual hacen parte integrante las zonas cuya expropiación se solicitó.

"Yo dejé de ser dueño y poseedor desde el 28 de mayo de 1924, fecha ésta en que se registró en la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados del Circuito de Manizales la escritura pública número 875, otorgada el 28 de abril de 1924 en la Notaría primera del Ci-

cuito de Medellín, por medio de la cual transferí el derecho de dominio que tuve en el mencionado inmueble a la sociedad A. Angel & Compañía, S. A., entregándole materialmente a ésta el mismo predio.

"En consecuencia, el juicio de expropiación no se siguió contra el dueño y poseedor del terreno, en virtud de lo cual carecen de valor tal juicio y la citada sentencia de expropiación, y por ningún motivo pueden éstos perjudicar a la nombrada sociedad."

Mas no obstante haber desaparecido en razón de lo dicho el fundamento de la excepción de petición de un modo indebido declarada por el Tribunal, la Corte estima que no es procedente la acción de nulidad de que se viene tratando, por las razones que a continuación se expresan.

Las causales de nulidad de un juicio no pueden ser otras que las determinadas expresamente en la ley, desde luégo que las nulidades son de interpretación restrictiva. Según esto, no existiendo causal de nulidad específica del juicio de expropiación, a éste solamente pueden afectarlo las causas de nulidad generales para todos los juicios y que al decir del artículo 123 de la Ley 105 de 1890, vigente a la fecha de la expropiación, son la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad en la personería de alguna de las partes. Parece que el demandante estima que se trata de esta segunda causal por la cita que en la demanda hace del artículo que se acaba de mencionar y del 125 de la misma Ley 105. Mas como los vicios en la personería que pueden generar nulidad en la actuación son tan sólo los que dicen relación a la personería adjetiva, o sea los que pueden dar lugar a la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería conforme al artículo 25 de la Ley 100 de 1892, y como aquí no se trata de defecto alguno en esa clase de personería, sino de la informalidad consistente en no haberse dirigido la demanda de expropiación contra el dueño de las zonas que se pretendía expropiar, es indudable que no existe la nulidad cuya declaración se pide.

Las declaraciones pedidas en los puntos **c)** y **d)** de la parte petitoria de la demanda, deben estudiarse en orden inverso, por ser la segunda de ellas fundamento de la primera.

Petición d).

Se encamina a que se declare que la Sociedad A. Angel & Compañía, S. A., era dueña exclusiva de las tres zonas de terreno descritas en la demanda antes de iniciarse el juicio de expropiación y durante la prosecución del mismo y que ha continuado siéndolo después.

En orden a esta petición se han aducido las siguientes pruebas:

"a) Copia auténtica y con la correspondiente nota de registro, de la escritura pública número 875, de veintiocho de abril de mil novecientos veinticuatro, pasada ante el Notario primero de Medellín, por la cual se constituyó la sociedad anónima denominada A. Angel & Compañía, S. A., y de cuya cláusula ochenta y cinco aparece que el señor Alejandro Angel L. aportó a dicha sociedad, entre otros bienes, un lote de terreno conocido con el nombre de **Pesebreras de Oriente**, con un establo y otros edificios contiguos, cultivo de pasto imperial, mangas o terrenos cubiertos de pasto natural, situado en las afueras de la ciudad de Manizales, hacia el Oriente, por el camino conocido antes con el nombre de **El Carretero**, y hoy con el de **Avenida Cervantes**, y comprendido entre los siguientes linderos:

"De la esquina noroeste de la fábrica de fósforos perteneciente a la Compañía Fosforera Colombiana, viniendo hacia occidente a lindar con la **Avenida Cervantes**, hasta dar con el solar del Coronel Marco A. Alzate, siguiendo el lindero con éste hacia el Sur, en una extensión de cincuenta varas; volteando por este mismo lindero hacia el Occidente, en una extensión de veinte varas, hasta encontrar una chamba, lindero con el solar del Instituto Universitario perteneciente al Departamento de Caldas, siguiendo esta chamba al Sur, hasta encontrar un amagamiento; siguiendo por éste hasta donde le cae otro amagamiento, lindero con propiedad de Rufino E. Murillo; bordeando el lindero con éste, hasta salir al Occidente, a la calle pública; calle abajo, hasta encontrar el lindero con propiedad de Alejandro Londoño & Compañía; siguiendo éste, hasta encontrar un amagamiento; amagamiento abajo, hasta la quebrada de **Las Peñitas**; ésta abajo, hasta el lindero de Camilo Botero; siguiendo luégo hacia el Oriente por una chamba, lindando con el mismo Botero, hasta el primer filo o cuchilla; continuando la misma chamba hacia el Oriente, por el lindero con terreno de los herederos de Luis López, hasta una quebrada; quebrada arriba, hasta el lindero de Marco Jaramillo; siguiendo por este lindero hacia el Norte, aproximadamente, hasta un alto; de allí, por el lindero, con herederos de Justiniano Mejía, hasta el solar de la fábrica de fósforos; bordeando este solar, lindero con la misma fábrica, hasta salir al punto de partida.

"b) Copia expedida por el Secretario del Juzgado 2º del Circuito de Medellín, del registro del extracto notarial de la escritura social de A. Angel & Compañía, S. A.

"c) Un ejemplar debidamente autenticado de los números 2313 y 2314 de la **Gaceta Departamental de Antioquia**, en que aparece publicado el extracto notarial de la escritura social mencionada.

"d) Copia notarial y con nota de registro de la escritura número 748, otorgada a cinco de junio de mil novecientos diez y nueve, ante el Notario primero de Manizales, que da cuenta de la venta hecha por el señor Juan Antonio Toro Uribe al señor Alejandro Angel L., del predio conocido con el nombre de **Pesebreras de Oriente**, con la ubicación, especificaciones y linderos expresados en la escritura social relacionada en el punto a).

"e) Certificado del Registrador de instrumentos de Manizales, expedido a virtud de despacho librado por esta Corte durante el término probatorio de segunda instancia, del cual aparece que el señor Juan A. Toro U. hubo el inmueble de que se viene hablando por compra a Jesús M. Uribe N., al tenor de la escritura número 413, otorgada el diez y ocho de abril de mil ochocientos noventa y tres, en la Notaría única de Manizales, la cual se halla convenientemente registrada.

"f) Diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal Superior de Manizales, con intervención de peritos, a virtud de comisión conferida por esta superioridad, en el predio denominado **Pesebreras de Oriente**, y en la cual los tres peritos que intervinieron rindieron de común acuerdo el siguiente dictamen:

"Las tres zonas de terreno descritas en el número quinto de la demanda, que se nos ha leído y en el plano que hemos tenido a la vista, y que los señores Alejandro An-

gel e Hijo, S. A., pretenden reivindicar del Departamento de Caldas, están dentro de los linderos del inmueble descrito en el número segundo de la misma demanda, que también hemos leído; lo que afirmamos porque hemos recorrido todos los linderos del mencionado inmueble, haciendo las identificaciones del caso.'"

Con los elementos probatorios que se acaban de relacionar, aparece acreditado que desde antes de iniciarse por el Departamento de Caldas el juicio de expropiación de las tres zonas de terreno descritas en la demanda, la sociedad de A. Angel & Compañía, S. A., se hallaba legalmente constituída y a ella había aportado el socio Alejandro Angel L. el inmueble conocido con el nombre de **Pesebreras de Oriente**, del cual hacen parte las referidas zonas. Consta también que la nombrada sociedad continuó siendo dueña de esas zonas durante el indicado juicio de expropiación. De suerte que son procedentes las dos primeras partes de la petición que se considera. En cuanto a la última, o sea la referente a la declaración de que la sociedad demandante ha continuado en ese dominio después de concluído el juicio de expropiación, es esa una cuestión íntimamente conexionada con la declaración impetrada en el punto petitorio c), y por ello se estudiará conjuntamente con ésta.

Petición c)

Se pide en ella la declaración de que ni el juicio ni la sentencia de expropiación tuvieron virtud o eficacia para traspasar al Departamento de Caldas el dominio de las referidas tres fajas de terreno.

Fúndase esta petición en no haberse entendido el juicio de expropiación con el dueño de las indicadas zonas que, según se ha visto, era a la iniciación del juicio y durante él la sociedad A. Angel & Compañía, S. A.

De la copia que durante el término probatorio de la segunda instancia se hizo venir a los autos de la actuación relativa al memorado juicio de expropiación, aparece lo que sigue: la demanda que sirvió de base al juicio fue dirigida por el apoderado del Departamento de Caldas contra el señor Alejandro Angel, como propietario de las zonas tántas veces mencionadas; la sentencia que decretó la expropiación dispuso que fuera ella notificada al nombrado señor Angel, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 35 de 1915, que ordena hacer saber el fallo al propietario o propietarios del inmueble que se trata de expropiar; ese fallo le fue notificado personalmente al apoderado del Departamento, y al señor Angel, por medio de un edicto que se publicó tres veces en el periódico oficial del Departamento; posteriormente se le nombró al mismo un defensor, con quien se entendieron las diligencias subsiguientes del juicio.

De lo dicho aparece que la sociedad A. Angel & Compañía, S. A., propietaria de las zonas, no fue citada al juicio ni con ella se entendió diligencia alguna de éste. De suerte que a dicha compañía no le perjudica la sentencia dictada en aquel juicio por no haber litigado en él ni encontrarse en alguno de los casos previstos en el artículo 846 del Código Judicial que regía cuando se siguió el expresado juicio. Y si no le perjudica el referido fallo, no le pueden alcanzar sus efectos, por ser respecto de ella **res inter alios judicata.**

Síguese de lo anterior que ni la demanda ni el juicio de expropiación, ni la sentencia en él dictada, han podido determinar para la prenombrada sociedad la pérdida del dominio sobre las indicadas fajas de terreno, ni por consiguiente la adquisición de ese dominio por parte de la entidad departamental. Es, por tanto, fundada la petición que se considera, lo mismo que la marcada con la letra **e)**, que tiene por objeto se declare que el Departamento de Caldas está en la obligación de restituír a la compañía demandante, dentro del término legal, las expresadas zonas y de desocupar por completo el inmueble conocido con el nombre de **Pesebreras de Oriente.**

Petición f)

Se impetra en ella la declaración de que el Departamento demandado está en la obligación de pagar a A. Angel & Compañía, S. A., dentro de seis días, la suma de cincuenta y tres mil quinientos pesos oro legal, por valor de los perjuicios anotados en los hechos sexto y séptimo de la demanda, más el valor del lucro cesante que se causare a deber desde la fecha de la demanda hasta el día en que se verifique la devolución de todos los bienes antes relacionados.

Los hechos quinto y sexto de la demanda son del siguiente tenor:

"5º Habiéndose llamado la atención a los representantes del Departamento de Caldas sobre los ataques que llevaba a cabo en la mentada propiedad, aquéllos sostienen que esta entidad de Derecho Público es dueña de las siguientes zonas o fajas de terreno, todas incluídas totalmente en dicha propiedad, y destinadas, según entiendo, a la vía del ferrocarril de Caldas en construcción: zona 1ª Está situada entre las abscisas 416.80 y 802.70, conforme a los planos y trazados del citado ferrocarril, y mide trescientos ochenta y cinco metros noventa centímetros (385-90) de longitud, por veinte (20) de ancho. Zona 2ª Situada entre las abscisas 812 y 840 de los citados planos, y mide veintiocho (28) metros de longitud por veinte (20) de ancho. Zona 3ª Situada entre las abscisas 3.266 y 3.367, de los mismos planos y trazados, y mide ciento un metros (101) de longitud por veinte (20) de ancho. Como ya dije, estas tres zonas o fajas de terreno hacen parte integrante del inmueble **Las Pesebreras de Oriente**, demarcado en el número 2º de esta demanda.

"6º El Departamento de Caldas no sólo ha procedido a verificar el banqueo de las mentadas fajas de terreno y a terraplenar parte de ellas, sino que para ejecutar esas obras o con el pretexto de ejecutarlas, ha ocupado de hecho casi todo el inmueble en donde se encuentran, penetrando en él numerosas partidas de animales que conducen materiales para las obras, destruyendo en parte los cercos generales de la finca y los que separan entre sí las distintas porciones en que ella se divide, dejando que las recuas de animales pasten en las mangas y en las sementeras, ordenando, haciendo y permitiendo que los trabajadores extraigan piedra y tierra en toda la propiedad, ocupando ésta con piedras, arena y demás materiales, lo mismo que con ramadas para la guarda de éstos y el servicio de los trabajadores, etc., de tal modo que de dicha propiedad sólo quedan libres hoy los pequeños edificios que dan frente a la Avenida Cervantes y la parte destinada para pesebrera, contigua a dichos edificios."

En relación con estos hechos obran en el expediente las siguientes pruebas:

El testigo Indalecio Aguirre, que declaró en la primera instancia, después de expresar que conoce personalmente la finca de Las Pesebreras, por los linderos especificados en la demanda, y que le consta por haberlo presenciado, que durante todo el año de mil novecientos veinticinco y en el mes de enero de mil novecientos veintiséis, el señor Alberto Pérez L., obrando como representante y administrador de A. Angel & Compañía, S. A., estuvo en posesión directa del citado inmueble, ejerciendo en él y en toda su extensión actos a que sólo tiene derecho el dueño, como el arriendo de algunos de sus lotes y dependencias, el cerramiento de la propiedad por todos sus linderos, el cultivo de la finca y el pastaje en ella de animales, etc., sin que en todo ese tiempo fuera perturbado en dicha posesión por persona ni entidad alguna pública o privada, agrega el declarante:

"Es cierto, sé y me consta personalmente, que sólo desde los primeros días del mes de febrero del presente año (1926), es decir, hace unos dos meses más o menos, comenzaron a penetrar en la citada finca unos trabajadores y empleados del Ferrocarril de Caldas, y dieron principio al banqueo y ocupación de parte considerable de la mencionada finca, con el pretexto de hacer la ruta por donde ha de pasar dicho ferrocarril, el cual es empresa de este Departamento. Es cierto que los mentados empleados y trabajadores se posesionaron de hecho de las mangas y de los cultivos que en dicha finca se encuentran, penetrando en éste numerosas partidas de animales con cargas de piedra y de otros materiales para la obra, permitiendo que estos animales pasten en dichas mangas y en los cultivos, destruyendo los cercos de la finca en general y los que separan entre sí las distintas partes de ella, dejando la piedra y los materiales regados en las mangas, extrayendo y reventando la piedra que se encuentra en las distintas partes de dicha propiedad raíz, construyendo ranchos permanentes para el servicio de los peones y la guarda de los materiales, etc., etc. Al quinto: que le consta al declarante personalmente por haberlo presenciado, que el preguntante ha protestado ante dichos empleados y trabajadores contra los mencionados atropellos, pero éstos se han negado a suspenderlos y a retirarse de la citada finca, diciendo que lo hacen por orden de las autoridades de este Departamento, y en consecuencia continúan en dichas obras con mayor incremento cada día."

En términos análogos depone el testigo Manuel Escobar, con la diferencia de que éste manifiesta conocer la finca de Las Pesebreras, mas no sus linderos, y que lo referente al punto quinto no le consta por percepción directa, sino por haberlo oído decir a varias personas.

El señor Néstor Echeverri declara que por haber sido Gerente del Ferrocarril de Caldas, le consta que esta empresa entró a trabajar en las zonas sobre que versa el presente juicio a principios de mil novecientos veintiséis, sin poder precisar la época, ocupando la zona y parte de la propiedad de que ésta hace parte, con materiales, peones, recuas que allí entraban, y que esa propiedad, o mejor dicho, la zona, ha seguido ocupada por la Empresa del Ferrocarril, sin interrupción; pero que tiene entendido que la Empresa hizo esa ocupación con las debidas autorizaciones dentro de un juicio de expropiación que instauró oportunamente.

El doctor Alberto Arango, interrogado en su carácter de Ingeniero de la obra del ferrocarril de Caldas, expuso:

"No recuerdo si fue en la primera década del mes de febrero, pero sí lo fue en el año de mil novecientos veinticinco, que se ocupó la zona que hoy ocupa el ferrocarril y a que se refiere la pregunta, descargando materiales en dicha zona, sacando piedra de la cañada que queda en el predio mencionado, pero sin autorización del suscrito, porque ésta se le compraba a contratistas, para movilización de la cual no se empleaban animales, pues éstos sólo entraban a una manga que queda contigua a la Fábrica de Hilados y Tejidos, sin que para ello se hubieran tumbado cercas ni dañado puertas, pues la que existía vivía casi constantemente abierta y sin candado. Que no es cierto, por tanto, que se hubiera ocupado casi todo el predio de los mencionados señores Angel con bestias y materiales. En cuanto al punto b) de la primera pregunta, declaro que no sé, ni tenía porqué saberlo, que los señores Angel reclamaran tal o cual predio, puesto que como empleado del Ferrocarril de Caldas, sólo tenía que atender las órdenes de los señores Gerente e Ingeniero Jefe. Que es cierto que los señores Gerentes y Abogado del Ferrocarril de Caldas me autorizaron para emprender trabajos en la zona de que trata la pregunta, sin que me pusieran de presente que sobre esas zonas estuviera pendiente reclamación de alguna persona, puesto que por las razones ya expuestas, no tenía, como empleado, que entrar en estas averiguaciones, y no recuerdo la fecha precisa en que esa autorización me fue dada."

Durante el término probatorio de la primera instancia, practicó el Tribunal, en asocio de dos peritos principales designados por las partes y de uno tercero nombrado por el Tribunal, una inspección ocular en el predio denominado Pesebreras de Oriente, sobre que versa la presente litis. Habiéndose concedido término a los peritos para emitir su concepto sobre los puntos que les fueron sometidos, tanto los peritos principales como el tercero, rindieron de común acuerdo el siguiente dictamen:

"Los demandantes dicen textualmente en la demanda de fecha veintinueve de junio de mil novecientos veintiséis: 'Muchos y muy graves perjuicios ha sufrido y sufre A. Angel & Compañía, S. A., por esta causa, y ellos pueden clasificarse así: los que se refieren exclusivamente al demérito de las predichas tres zonas de terreno banquedas y terraplenadas, las cuales han disminuido una mitad de su valor, la que estimo en diez mil pesos ($ 10,000) oro; los provenientes del demérito general que recibe toda la finca por razón de tales banqueos y terraplenes, los cuales dividen aquella propiedad en dos porciones completamente aisladas entre sí, quedando una de ellas, la situada hacia el Sur, sin cómoda salida a la vía pública, más el grave peligro que constituye para ambas los profundos zanjones de los banqueos y la mucha altura de los terraplenes, obras éstas que han inutilizado varias fajas de terreno adyacentes, las cuales por quedar muy angostas y de poca extensión, no dan campo a construcciones de ninguna clase, ni pueden ser aprovechadas económicamente, razones todas estas que hacen desvalorizar el inmueble en no menos de cuarenta mil pesos ($ 40,000) oro, suma en que estimo los perjuicios; los que se relacionan con la destrucción de los cercos, de las sementeras, valor de la piedra extraída en la propiedad, daños causados con dicha extracción, etc., los estimo en mil quinientos pesos ($ 1,500) oro, y por úl-

timo, el lucro que la Compañía que represento ha dejado de obtener de la citada propiedad por la ocupación efectuada por el Departamento de Caldas desde principios de febrero último, lucro que estimo a razón de cuatrocientos pesos ($ 400) oro mensuales y que asciende, en los cinco meses corridos desde entonces hasta hoy, a dos mil pesos ($ 2,000) oro. Como se ve, todos estos perjuicios, sin contar los causados por razón de abogados, mediadores, costas judiciales, etc., ascienden a la no despreciable suma de cincuenta y tres mil quinientos pesos ($ 53,500) oro, más el valor del lucro cesante que se cause a deber desde hoy hasta el día en que el Departamento restituya materialmente tanto las zonas de terreno que se reivindican como las demás partes del inmueble **Las Pesebreras de Oriente**, que ha ocupado.' Como se ve, las reclamaciones por daños y perjuicios, que nosotros debemos avaluar, las dividen los demandantes en cuatro partes, y nosotros nos atendremos al mismo orden.

"1º Perjuicios que se refieren exclusivamente al demérito de las zonas banqueadas y terraplenadas. La primera zona tiene una longitud de 383 metros por un ancho de 20, o sea un área de 7,720 metros cuadrados, o de 12,062 varas cuadradas. Dividimos esta zona en tres partes, numeradas a partir de la Avenida Cervantes. La primera, de 50 varas de fondo. La segunda, de 137 varas (un total de 150 metros entre ambas), y la tercera, del resto de la zona, o sean 295 varas o 236 metros. Dada la profundidad de los cortes en las partes primera y segunda de esta zona y la altura de los taludes, nosotros estimamos un demérito de 50 por 100 en estos 150 metros de largo. Sobre la base de las negociaciones últimamente celebradas en la Avenida Cervantes, del precio de la propiedad raíz en esa Avenida, estimamos el precio de la vara cuadrada en la primera parte de la zona, a $ 12 cada una, y en la segunda parte, a $ 4. Hacemos constar que los dueños de las vecindades adyacentes a este lote estiman la propiedad con frente a la Avenida, a $ 14, $ 16 y $ 18 la vara; nosotros hemos fijado $ 12 como un justiprecio que permitiría una negociación en cualquier momento. Calculamos, pues, un demérito de $ 6 en 1,250 varas cuadradas, y de $ 2 en 3,437½ varas, también cuadradas, lo que daría $ 7,500 y $ 6,875, respectivamente.

"Para completar la primera zona quedan 295 varas de largo, en donde los perjuicios son menores, porque los taludes son menos sensibles.' Calculamos el valor de la vara en esta tercera parte de la primera zona, a $ 3-50, y estimamos el demérito en una quinta parte de este valor, o sea en 0-70 centavos por vara, que sobre 7,375 varas cuadradas de superficie, daría un demérito de $ 5,162-50 en que estimamos esos perjuicios.

"La segunda zona de 875 varas cuadradas no ha sufrido un demérito mayor; lo estimamos en 0-20 centavos vara, lo que da un total de $ 175.

"La tercera zona donde el valor de la propiedad es más reducido, y en donde los perjuicios son también de poca consideración, porque los taludes son de pequeña extensión y el lleno hecho no perjudica, creemos que tiene un demérito de 0.10 en vara cuadrada que sobre 3,156 varas cuadradas, vale $ 315-60.

"Sumando estas partidas antes dichas, estimamos los perjuicios, por concepto de banqueos y terraplenes, en un juicio de reivindicación, en la suma de $ 20,028-10.

"Segundo. Los demandantes reclaman en esta parte $ 40,000 por daños y perjuicios relacionados con desvalorización de la propiedad para construcciones, por la división de la propiedad en dos porciones completamente aisladas entre sí, una de ellas sin cómoda salida a la vía pública, por el peligro que constituyen las zonas de los banqueos y la altura de los terraplenes, por la inutilización de varias fajas de terreno que quedaron muy angostas y de poca extensión. Nosotros estimamos que los perjuicios por desvalorización para construcciones, o más claramente hablando, para urbanización, los provenientes de la división de la propiedad en dos porciones, así como también los que son consecuencia de la falta de salida a la vía pública y de la inutilización de fajas adyacentes que quedaron muy angostas y de poca extensión con la construcción del ferrocarril, no pueden considerarse en un juicio de reivindicación, puesto que si los señores demandantes entran de nuevo en posesión de las tres zonas, por un fallo a su favor, todos aquellos perjuicios dejan de existir. Estos los habría al establecer el ferrocarril su derecho de propiedad sobre las zonas, pero ellos deberían considerarse en un juicio de expropiación o al negociar directamente entre el Departamento y los demandantes las tres fajas de que se trata.

"Sin embargo, una clase de perjuicios quedaría subsistente; aquellos que provienen de la mala vecindad de los zanjones y de los altos taludes, que exponen el terreno adyacente a derrumbes y a dificultades en la administración, así como también los que se derivan del hecho de verse obligados los señores Angel a aceptar en sus trazados de urbanización, como un hecho cumplido, las obras ya construídas, aunque las zonas vuelvan a su poder. Estimamos estos perjuicios en la suma de $ 8,000.

"3º Perjuicios que se relacionan con la destrucción de los cercos, de las sementeras, del valor de la piedra extraída en la propiedad y de los daños causados con dicha extracción. Los perjuicios por daños de cercas los estimamos en $ 50; los por daño de sementeras, en $ 100; los por extracción de piedra y daños en la misma, en $ 250, o sea todo en un total de $ 400.

"Es difícil calcular hoy, cuando no hay señales que sirvan de base de apreciación, estos perjuicios. Estimamos que los daños en cercas no debieron ser muy grandes, así como tampoco los por destrucción de sementeras; los relacionados con extracción de piedra tampoco debieron ser mayores de la cantidad que nosotros hemos fijado, porque en las quiebras del terreno no se ven vetas que dejen comprender que de allí se sacó una apreciable cantidad de ese material.

"4º En relación con el lucro cesante, nos hemos hecho la consideración de que él no puede provenir sino de la posibilidad de obtener arrendamientos y beneficios por cultivos en la faja ocupada por el ferrocarril. Los señores Angel o sus arrendatarios han explotado este terreno por arrendamiento para animales y sembrados de pasto. Calculamos que por la ocupación de la faja han dejado de percibir $ 20 mensuales, desde el día de la ocupación en febrero de mil novecientos veintiséis, y que hasta el día de hoy valen esos perjuicios $ 580.

"Por las consideraciones anteriores, estimamos todos los perjuicios que reclaman los demandados en la suma

de $ 29,008-10, y una suma adicional, a razón de $ 20 mensuales, hasta el día del pago."

Con las pruebas que se dejan relacionadas halla la Corte comprobada la existencia de los perjuicios cuya indemnización se demanda. En lo tocante al valor de éstos, la exposición pericial que precede debe ser apreciada por la Corte, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 79 de la Ley 105 de 1890.

Los peritos clasificaron los perjuicios en cuatro categorías. La primera comprende los perjuicios provenientes del demérito o desvalorización de las zonas banqueadas y terraplenadas, los cuales han sido estimados en veinte mil veintiocho pesos diez centavos ($ 20,028-10), teniendo como base para dicho justiprecio el valor mismo de la zona en sus diferentes secciones. La segunda dice relación a los perjuicios que se derivan de la vecindad de los zanjones y de los altos taludes, así como a los que se originan de la circunstancia de tener que aceptar los señores Angel & Compañía "en sus trazados de urbanización, como un hecho cumplido, las obras construídas, aunque las zonas vuelvan a su poder," perjuicios que han sido tasados en ocho mil pesos ($ 8,000). La tercera, que ha sido estimada en cuatrocientos pesos ($ 400), se relaciona con los perjuicios causados por la destrucción de cercas, de sementeras y con la extracción de piedra; y la cuarta categoría se refiere a los perjuicios provenientes del lucro cesante, los que han sido avaluados a razón de veinte pesos ($ 20) mensuales.

Todos estos avalúos han tenido por base el precio de la propiedad raíz al tiempo de rendir su dictamen los peritos, o sea en el mes de junio de mil novecientos veintiocho, época en la cual obtuvo aquélla su mayor valor por razón de la depreciación que de años atrás venía sufriendo la moneda y que alcanzó su mayor grado en aquella época.

Hoy el precio de la propiedad inmueble ha descendido en una proporción que varía en las diferentes secciones del país, ya que no en todas ellas tuvo la propiedad igual alza en la época de la desvalorización de la moneda, ni todas las regiones han sido afectadas con igual intensidad por la crisis económica actual. Por esta razón la Sala dispuso en auto para mejor proveer que por medio de peritos se fijara el porcientaje de desvalorización que por consecuencia de la depresión económica del país en general y del Departamento de Caldas en particular, han sufrido de mediados de mil novecientos veintiocho (1928) en que fue practicado el avalúo antes relacionado, hasta la época actual, los terrenos urbanizables situados en los alrededores de la ciudad de Manizales y en especial los conocidos con el nombre de Las Pesebreras de Oriente, a que se refiere el presente juicio, y se fijará además el porcientaje de baja que han tenido los jornales en el mismo transcurso de tiempo.

El Tribunal de Manizales, a quien se comisionó para nombrar los peritos que debieran practicar la prueba y recoger sus dictámenes, designó como principales a los señores Roberto Vélez y Bernardo Ocampo G., y como tercero al señor Francisco Jaramillo M., quienes rindieron sus dictámenes en la forma que sigue:

El señor Roberto Vélez:

"Por consecuencia de la depresión económica por que atraviesa el país, afectando especialmente las propiedades urbanizables, conceptúo que en Manizales tales propiedades han sufrido una baja de un sesenta por ciento (60 por 100). Tal concepto se puede aplicar a los terrenos que se están urbanizando en la Avenida Cervantes, de esta ciudad, que han llevado el nombre de Las Pesebreras de Oriente (hoy barrio Cervantes). También estimo que los jornales por las mismas causas antes dichas, han experimentado una baja de un cincuenta por ciento (50 por 100)...."

El perito señor Ocampo:

"Por las mismas consideraciones expuestas por el perito señor Vásquez, conceptúo que la baja de los jornales, habida desde el año de mil novecientos veintiocho (1928) a la época actual, es de un cincuenta por ciento (50 por 100), y que en lo relativo a la baja de la propiedad, en lugar del porcientaje apreciado por el señor Vélez, estimo esa depreciación en un setenta por ciento (70 por 100)." El perito tercero adhirió en un todo al dictamen del perito Ocampo.

Se tiene pues, que respecto a la depreciación de la propiedad raíz en terrenos urbanizables situados en la Avenida Cervantes, hay acuerdo entre uno de los peritos principales y el tercero acerca de que tal depreciación ha sido en el mismo período de tiempo de un setenta por ciento. Estos dos dictámenes uniformes constituyen plena prueba al tenor de lo establecido en el artículo 721 del Código Judicial vigente, ya que, por otra parte, la Corte no tiene objeción alguna que hacerles.

De acuerdo con lo hasta aquí dicho, para hallar el justo valor actual de los perjuicios que se demandan, debe deducirse un setenta por ciento de la cifra en que los peritos avaluadores de los perjuicios estimaron éstos en el mes de junio de mil novecientos veintiocho, o sea de la de veintiocho mil cuatrocientos veintiocho pesos con diez centavos ($ 28,428-10), sin incluír el lucro cesante, obteniéndose así la cantidad de ocho mil quinientos veintiocho pesos con cuarenta y tres centavos ($ 8,528-43).

En lo que respecta a la cuarta clase de perjuicios, o sea al lucro cesante, estimada por los peritos en veinte pesos ($ 20) mensuales, además de efectuar la misma deducción del setenta por ciento (70 por 100), lo cual convierte la citada cifra en la de seis pesos ($ 6), es preciso no perder de vista que el lucro cesante viene a representar, tratándose, como se trata, de la reivindicación de un inmueble, los frutos que el dueño hubiera podido percibir teniendo éste en su poder, y en tal virtud deben observarse las reglas que sobre restitución de frutos por parte del poseedor vencido consagra el Código Civil.

De conformidad con el artículo 964 de dicha obra, el poseedor de buena fe sólo es obligado a la restitución de los frutos percibidos después de contestada la demanda, y como en el caso actual no solamente no se ha demostrado que la entidad demandada sea poseedora de mala fe, sino que antes bien aparece que ella entró en posesión de la zona disputada en virtud de una sentencia de expropiación dictada por autoridad competente, aunque por error de hecho la acción en dicho juicio se hubiera dirigido contra quien había dejado de ser ya dueño de la zona expropiada, debe estimarse al Departamento amparado por la presunción de buena fe establecida en el artículo 769 del mismo Código. Esto

hace que sólo sea responsable de los frutos que A. Angel & Compañía hubiera podido percibir a partir de la contestación de la demanda, o sea a contar del día once de noviembre de mil novecientos veintisiete.

Incumbe examinar una cuestión final, y es la referente al término extraordinario de tres meses concedido a la parte demandante para practicar una prueba en París, consistente en la declaración del señor Alejandro Angel L. De conformidad con lo establecido en el artículo 958 del Código Judicial vigente entonces, la expresada parte constituyó una garantía consistente en un depósito en el Banco de la República de doscientos pesos en bonos nacionales, con el fin de responder de la obligación que conforme a la citada disposición contrajo de presentar la prueba en el término que al efecto se le concedió. El mencionado testimonio vino a los autos después de transcurridos los tres meses de que se ha hablado; mas la parte que solicitó la prueba ha demostrado satisfactoriamente por medio de la nota número 1124, de diez y ocho de noviembre de mil novecientos treinta, dirigida por la Legación de Colombia en Francia al señor Ministro de Relaciones Exteriores, que la demora en la práctica no se debió a falta de diligencia de dicha parte, sino a motivos extraños a su voluntad, circunstancia esta que de acuerdo con el espíritu de la disposición antes mencionada, exonera de responsabilidad al demandante, y por ello habrá de disponerse la devolución de los bonos consignados.

Como consecuencia de todo 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 hace las siguientes declaraciones:

Primera. Ni el juicio de expropiación seguido por el Departamento de Caldas contra el señor Alejandro Angel L. ante el Juez 1º en lo Civil del Circuito de Manizales, juicio que se inició con la demanda de fecha once de marzo de mil novecientos veinticinco, suscrita por el señor Francisco J. Ocampo, como apoderado del nombrado Departamento, que versó sobre la expropiación de tres zonas de terreno para el ferrocarril de Caldas, y en el cual aquel funcionario dictó sentencia el diez y seis de marzo de mil novecientos veinticinco, decretando la expropiación de las referidas zonas, ni la nombrada sentencia tuvieron virtud o eficacia jurídica para traspasar al Departamento de Caldas el dominio de las zonas descritas en el hecho quinto de la demanda.

Segunda. La sociedad demandante, antes de promoverse el juicio de expropiación mencionado, durante ese juicio y con posterioridad a él, ha sido y es dueña exclusiva de las tres referidas zonas de terreno, por formar ellas parte integrante del inmueble conocido con el nombre de **Pesebreras de Oriente**, el cual pertenece a la compañía demandante por los linderos señalados en el hecho quinto de la demanda.

Tercera. El Departamento de Caldas está en la obligación de restituír a la sociedad de A. Angel & Compañía, hoy denominada Alejandro Angel e Hijo, S. A., dentro de los tres días siguientes a la notificación de este fallo, las citadas tres zonas de terreno y de desocupar por completo y dentro del mismo término, el inmueble denominado **Pesebreras de Oriente**, cuya situación y linderos se determinan en el hecho segundo de la demanda.

Cuarta. El Departamento nombrado pagará a la misma Sociedad Alejandro Angel e Hijo, S. A., una vez ejecutoriado este fallo, la cantidad de ocho mil quinientos veintiocho pesos cuarenta y tres centavos ($ 8,528-43), por valor de los perjuicios relacionados en los hechos sexto y séptimo de la demanda; más la suma de seis pesos mensuales, valor del lucro cesante, desde el once de noviembre de mil novecientos veintisiete, hasta la fecha de la restitución y desocupación de que trata el numeral precedente.

Quinta. Se absuelve a la entidad demandada de los demás cargos que en el juicio se le han formulado.

Devuélvase a la parte demandante la suma de doscientos pesos en bonos colombianos, que se halla consignada en el Banco de la República, y a que se ha hecho referencia en el cuerpo de esta sentencia, para lo cual se librará el oficio correspondiente.

Publíquese, cópiese y notifíquese este fallo, insértese en el órgano de la Corte, y devuélvase oportunamente el expediente a la oficina de su procedencia.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Luis F. Rosales**—El Conjuez, **Carlos Bravo**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

RESOLUCION NUMERO 1º

por la cual se dispone la manera como se debe hacer la publicación de la **Gaceta Judicial** y se reforma el precio de venta de cada número.

—

Ministerio de Gobierno—Sección 5ª—Bogotá, septiembre 22 de 1933.

El Ministerio de Gobierno,

en uso de la facultad que le confiere el artículo 2º del Decreto ejecutivo número 1704 de 1923, y teniendo en cuenta que ha habido necesidad de aumentar las páginas de cada número de la **Gaceta Judicial**, debido al recargo de material destinado a ver la luz en dicho periódico,

resuelve:

1º La **Gaceta Judicial** se editará en números de 52 o de 104 páginas, según la cantidad de material que haya para ser publicado, y el valor de cada ejemplar será el de $ 0-40 y $ 0-80, respectivamente.

2º El valor de la suscripción de cada tomo de la **Gaceta Judicial** será el de cuatro pesos ($ 4).

Comuníquese y publíquese en el **Diario Oficial** y en la **Gaceta Judicial.**

Agustín Morales Olaya,
Ministro de Gobierno

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

(Volumen 3º)

Extractada, compilada y anotada por

FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

Años de 1919-1926, inclusive.

Esta importante obra de más de mil páginas, precedida de una nota sobre **Tecnicismo jurídico** y seguida de una lista de las disposiciones que han sido declaradas inexequibles por la Corte Suprema desde 1919 hasta 1928, está a la venta en la Imprenta Nacional a $ 5-50 el ejemplar en rústica.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XL | Bogotá, mayo 30 de 1934. | Número 1888

Director, FERNANDO GARAVITO A.,
Relator de la Corte.

ADVERTENCIA

Con el fin de que el público conozca las nuevas doctrinas de la Corte, relacionadas con el Código Judicial vigente, y en vista de que la publicación en este periódico se encuentra muy retardada, se ha resuelto acoger en el presente número los fallos dictados en los meses que van transcurridos del año de 1934.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, marzo siete de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jenaro Cruz V.).

El doctor Hernando Uribe Cualla, en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, ha pedido a la Corte, en libelo de veintiuno de marzo de mil novecientos treinta y tres, que declare inexequibles, por inconstitucionales, los artículos 3º y 4º de la Ley 7ª de 1932.

Como hechos enumera los siguientes:

"1º Que el Congreso Nacional expidió la Ley 7ª de 1932, que fue sancionada el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y dos.

"2º Dicha Ley fue publicada en el **Diario Oficial** número 22074, de 31 de agosto de 1932.

"3º Esta Ley contiene el artículo 3º, que ordena la inscripción de las listas por medio de una solicitud, que deberá ser firmada por no menos de treinta ciudadanos, y el artículo 4º, que establece la sanción para el caso de que no se inscriban las listas.

"4º Los artículos 3º y 4º de la Ley 7ª de 1932 violan lo dispuesto por los artículos 43 y 44 del Acto legislativo número 3 de 1910 y el artículo 179 de la Constitución Nacional.

"5º Soy ciudadano en ejercicio, y la Constitución me reconoce el derecho de intentar la acción pública contra cualquier ley por motivos de inconstitucionalidad.

"6º La Corte Suprema tiene competencia para conocer de esta demanda."

Y como razones de derecho alega estas:

"El artículo 3º de la Ley 7ª de 1932 dice así:

'A más tardar cinco días hábiles antes de la fecha en que deba verificarse la elección, se inscribirán ante el Alcalde del lugar donde funcione la respectiva corporación electoral que deba declarar la elección, las listas de candidatos que presenten los electores.

'Cada solicitud de inscripción deberá ser firmada por no menos de treinta ciudadanos, vecinos del respectivo Municipio, Círculo, Distrito o Circunscripción Electoral, según el caso.

'Las listas que se inscriban no podrán contener un número mayor de candidatos que el de personas por elegir en la respectiva Circunscripción.

'Los solicitantes acompañarán la constancia de la aceptación de sus candidatos, excepto en el caso de elecciones de Concejales.

'El Alcalde está obligado a verificar la inscripción que de él se solicite, y dará inmediata certificación de tal hecho a los interesados, siempre que las listas llenen los requisitos anteriores.'

"El artículo 4º dispone:

"'Transcurrido el término señalado en el artículo anterior, no podrán hacerse más inscripciones; y los escrutadores no tomarán en cuenta los votos emitidos a favor de las listas que no se hayan inscrito de conformidad con esta Ley.'

"Estas dos disposiciones violan directamente los artículos 43 y 44 del Acto legislativo número 3 de 1910 y el artículo 179 de la Constitución Nacional.

"En efecto, el artículo 43 citado dice así:

'**Todos** los ciudadanos eligen directamente Concejeros Municipales y Diputados a las Asambleas Departamentales,' y el artículo 44 establece:

'Los ciudadanos que sepan leer y escribir o tengan una renta anual de $ 300 o propiedad raíz de valor de $ 1,000, elegirán directamente Presidente de la República y Representantes.'

"Con el sistema de la inscripción de las listas de candidatos que se estableció por el artículo 3º de la Ley 7ª de 1932, y con la sanción de no tomarse en cuenta los votos emitidos a favor de las listas que no sean inscritas de conformidad con la Ley (artículo 4º de la Ley 7ª de 1932), han quedado muchos ciudadanos en Colombia sin derecho de sufragio.

"Basta considerar la circunstancia de que hay muchos Municipios en el país en los cuales la opinión es casi unánime por determinado partido político, y que del partido contrario hay sólo diez o veinte ciudadanos y a veces menos. Estos, de acuerdo con el sistema preconizado por la Ley, no podrían votar en las elecciones para Concejeros Municipales, porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 7ª de 1932, cada solicitud de inscripción deberá ser firmada por no menos de treinta ciudadanos **vecinos del respectivo Municipio,** Círculo, Distrito o Circuscripción Electoral, según el caso. El caso se presentará seguramente en muchísimos Municipios del país. Aparte de esto el hecho de que por descuido

o por cualquiera otra razón, no se haya inscrito una lista liberal, o conservadora o socialista en determinado Municipio, Círculo, Distrito o Circunscripción Electoral, no puede conducir necesariamente a la consecuencia de que los ciudadanos de determinado partido político queden en la misma condición de aquellos que han perdido sus derechos políticos.

"No se objete que el constituyente en el artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910, que habla del sistema del voto incompleto o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos, estableció que 'la ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho,' porque el legislador ha quedado autorizado por el constituyente precisamente para hacer efectivo el derecho de voto, pero no para aniquilarlo. Bien está que el legislador obligue a los ciudadanos a inscribirse en los registros electorales; bien está que disponga en qué días y en qué circunstancias puede votar y qué requisitos debe llenar para ello. Esa reglamentación se refiere a hechos y detalles que están en la mano del ciudadano, y que pueden ser producidos por él.

"Empero, el ciudadano que está alejado de los comités políticos pero que tiene su derecho de voto y quiere ejercerlo, con el sistema de la Ley, queda a merced de la inscripción de las listas de candidatos. Es absurdo que la condición para ejercer un derecho tan personal como el del sufragio, quede sometido a la voluntad de personas extrañas y a circunstancias enteramente fortuitas, como la de que en el Municipio no haya más de veinte personas pertenecientes a su partido.

"Tampoco puede alegarse lo dispuesto en el artículo 181 de la Constitución Nacional, que dice:

'La ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unas y otras funciones; definirá los delitos que menoscaben la verdad y libertad del sufragio, y para establecer la competente sanción penal.'

"El legislador, de acuerdo con esta autorización, puede reglamentar lo referente a elecciones y escrutinios, pero únicamente para asegurar la independencia de unas y otras funciones; para definir los delitos que menoscaben la verdad y libertad del sufragio y para establecer la competente sanción penal, pero nunca para arrebatar a los ciudadanos de manera absoluta el derecho de sufragio, como sucedería en los casos de que no se hubiere inscrito la lista por descuido o por otras razones, o cuando fuere físicamente imposible hacerlo en los ya citados casos de que la opinión política de un partido en un Municipio (elecciones para Concejeros Municipales) no alcance a tener treinta electores. Además, la inscripción de las listas debe hacerse con las firmas de treinta ciudadanos, vecinos del Municipio, por lo menos, y es muy posible que en un Distrito no haya treinta individuos que sepan leer y escribir. De esa manera se arrebataría a todo un partido político el derecho de sufragio en determinado Municipio, siendo así que para votar en las elecciones para Concejeros Municipales y para Diputados a las Asambleas Departamentales, basta ser ciudadano. El requisito de saber leer y escribir sólo se exige para las elecciones de Presidente y de Representantes."

No es el caso de analizar aquí la razón de ser del sufragio, y si deba o nó considerarse como un deber. Basta saber que el artículo 179 de la Carta Fundamental lo admite como una función constitucional, para concluír que su ejercicio constituye un derecho de todo ciudadano, como lo reconoce el artículo 43 del Acto legislativo número 3 de 1910.

Pero restringido por la misma Constitución para los que no saben leer y escribir o carezcan de cierto capital o renta, cuando se trata de elegir Presidente de la República o Representantes al Congreso (artículo 44 del Acto legislativo número 3 de 1910).

Y puesto que tál es el sufragio, que se ejerce por un acto personal del elector, en quien reside exclusivamente la facultad de escoger el candidato, cualquier precepto legal que entrabe o estorbe esa facultad de escogencia, cercena el derecho y viola los mandatos constitucionales que lo consagran y amparan.

Y como sucede que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 7ª de 1932 sólo admite el sufragio en favor de candidatos previamente inscritos por treinta ciudadanos, resulta incuestionable que dicho artículo sólo reconoce a grupos no menores de treinta, el derecho de elegir o escoger candidatos, lo que pugna con lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del Acto legislativo número 3 de 1910, que consagran el principio fundamental de que el sufragio es un acto que tienen derecho de ejercer individualmente todos los ciudadanos.

Y pugna con tal canon, porque la exigencia de la inscripción, tal como está indicada, no viene a ser un simple requisito que determine la manera de hacer efectivo el derecho de sufragio, que es lo único que puede hacer la ley, según el artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910, sino algo sustancial para que el derecho exista.

Y no se diga que el señalamiento de cualquier requisito para ejercer el sufragio entraña siempre un obstáculo para los sufragantes, y sin embargo, no puede pensarse por eso que la ley que tales requisitos señale viole la Constitución; porque ella misma ordena que la ley determine la manera de hacer efectivo aquel derecho.

Pero es que una cosa son los requisitos encaminados a tal fin, como son los que deben cumplirse, para demostrar que quien pretende sufragar tiene derecho de hacerlo, y otra, negarlo a quien, teniéndolo, no pudo reunir un grupo de copartidarios que lo acompañaran a inscribir los candidatos que merecían el favor de sus votos.

A aquellos requisitos preliminares pertenecen, entre otros, la formalidad de inscribirse en las listas de sufragantes o proveerse de la cédula electoral, que es lo que indica la capacidad para votar; el señalamiento del lugar, día y hora para recibir los votos, que tiene como fin poner orden en la elección y facilitar la expresión verdadera de la opinión popular, y la organización o reglamentación de los trabajos que corresponde desempeñar a las entidades a quienes se confíe todo lo relativo al ramo Electoral.

Se dirá que por precepto constitucional, artículo 45, Acto legislativo número 3 de 1910, es la ley la que determina el sistema electoral que debe adoptarse en la República para hacer efectivo el derecho de sufragar, y que habiendo adoptado el del cuociente electoral, tuvo que imponer la inscripción previa de candidatos.

Mas considera la Corte que la inscripción no es un requisito de la esencia del cuociente electoral, el que se caracteriza no por tal formalidd, sino por la manera de computar los votos para escrutar los candidatos. La inscripción podrá ser un medio plausible de organizar y

disciplinar los partidos políticos, y puede tener cabida cualquiera que sea el sistema electoral que se adopte. Y no constituiría su implantación ninguna violación de las disposiciones que se dicen quebrantadas, si no requiriese que determinado número de ciudadanos la solicitara, porque así sería una formalidad de carácter personal, que no dependería de la voluntad y actuaciones de terceros, constituídos en grupos de determinado número, que es justamente lo que hoy constituye el mayor obstáculo que opone la inscripción previa, en la forma adoptada, para la libre emisión del voto por parte de los ciudadanos; puesto que éstos no podrían sufragar sino por las listas inscritas por treinta, por lo menos.

Por otra parte, exigir que por lo menos sean treinta quienes inscriban la lista por la cual haya de votarse, equivale a anticipar el concepto de que nadie puede ser elegido con menos de treinta votos, o lo que es lo mismo, que el cuociente electoral mínimo no debe bajar de tal guarismo, y esto equivale a fijar, antes de hacer el cómputo de sufragios, el cuociente requerido por un candidato para triunfar, cuando de acuerdo con el texto de la ley ese cuociente es el resultado de operaciones aritméticas, que se practican teniendo en cuenta el número de personas que han de elegirse y el número de votos ya emitidos.

Esto es, el cuociente se fija después de verificada la votación, y no antes.

La acusación es, pues, procedente en cuanto a la exigencia de que determinado número de ciudadanos solicite la inscripción de las listas de candidatos por que haya de sufragarse, exigencia consignada en el inciso 2º del artículo 3º de la citada Ley 7ª de 1932.

Pero en cuanto a los otros requisitos que las demás partes del citado artículo 3º señalan, no puede decirse lo mismo. En efecto: el requisito de inscribir las listas en un término no menor de cinco días antes de la fecha de la elección, exigido en el inciso 1º del supradicho artículo 3º, es una formalidad que todo elector puede cumplir por sí sólo, sin subordinarse a la voluntad de terceros, y que, por tanto, no menoscaba el derecho, sino que reglamenta su ejercicio, y eso no es contrario a los preceptos constitucionales que se dicen violados.

En cuanto a que las listas inscritas no contengan un número mayor de candidatos que los que deban elegirse en la respectiva Circunscripción, como previene el inciso 3º del referido artículo 3º, es apenas una exigencia conforme con los cánones constitucionales, que establecen la proporción entre el número de habitantes y los miembros de las corporaciones de origen popular, cuando se trata de la elección de éstas; que cuando se trata de elegir Presidente de la República, es sabido que cada inscripción no puede referirse a más de un candidato.

Por lo que se refiere a la aceptación de los candidatos, indicada en el inciso 4º del propio artículo, es una formalidad que no menoscaba el sufragio, sino que, por lo contrario, tiende a que resulte eficaz; puesto que así sabrá el elector si el elegido desempeñará el cargo de que quede investido. Y eso no viola los preceptos constitucionales citados en la demanda.

En cuanto a la obligación que se le impone al Alcalde, de inscribir las listas de candidatos y expedir certificación sobre el cumplimiento de tal formalidad, como previene el inciso final del artículo ya dicho, es tan sólo un mandato imperativo para garantizar el derecho de los electores, y mal puede considerarse eso violatorio de los artículos 179 de la Constitución Nacional, y 43 y 44 del Acto legislativo número 3 de 1910, que consagran tal derecho.

Por último, en relación con la inconstitucionalidad del artículo 4º de la Ley 7ª citada, cabe observar que, puesto que no es ilícito inscribir las listas en la forma aceptada por la Corte, señalar término para ello y exigir la aceptación de los candidatos, no podrá concluírse que se violen los artículos constitucionales citados en otro lugar, con el 4º de la mencionada Ley 7ª, porque éste no hace otra cosa que establecer una sanción en caso de que no se cumplan aquellas formalidades. Y tal sanción podrá ser todo lo que se quiera, menos contraria a la Constitución, en el concepto en que lo indica la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala Plena, de acuerdo en parte con el señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara **inexequible** el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 7ª de 1932, que dice:

"Cada solicitud de inscripción deberá ser firmada por no menos de treinta ciudadanos, vecinos del respectivo Municipio, Círculo, Distrito o Circunscripción Electoral, según el caso," por ser violatorio de los artículos 179 de la Constitución Nacional y de los artículos 43 y 44 del Acto legislativo número 3 de 1910.

No es inexequible dicho artículo en sus demás partes, como tampoco es el artículo 4º de la misma Ley, en el concepto en que han sido acusados.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial**, envíese copia al señor Ministro de Gobierno y archívese el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA — **Jenaro Cruz V.—José Miguel Arango—Germán B. Jiménez——Manuel Vicente Jiménez—José Joaquín Hernández—Ignacio González Torres—Remigio González G.—Julio Luzardo Fortoul. Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En el juicio seguido por Isidro Zárate, en su propio nombre y como representante legal de su esposa Dioselina Cruz de Zárate, Marcelina Marroquín, Ismael Barragán y Belisario Barragán, ante el Juzgado del Circuito de Ibagué, contra Ambrosio García, el Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de fecha veintiuno de junio de mil novecientos treinta y tres, falló el pleito, "**confirmando** la sentencia apelada. Sin costas."

Contra esta sentencia, los demandantes interpusieron casación. Según el certificado del Secretario, que dice:

"Informo a usted que el presente juicio ordinario seguido por Isidro Zárate contra Ambrosio García, sobre reivindicación de una porción de terreno, llegó a esta Secretaría procedente del Tribunal Superior de Ibagué, sin papel sellado, para su repartimiento, el diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y tres; y de esta fecha en adelante, hasta hoy, no han hecho el suministro de papel sellado, de que trata el artículo 353 del Có-

digo Judicial, y los sesenta días que tienen para hacerlo se hallan vencidos.

Es, pues, el caso de aplicar la sanción que establece el artículo 353 de la Ley 105 de 1931.

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, declara desierto el recurso interpuesto y ejecutoriada la sentencia materia de la casación.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Medellín, el señor Martiniano Piedrahita V., por medio de apoderado demandó a los señores Julio C., Ricardo A. y María Emilia David y a la señora María Dolores Graciela López de Salazar (Maraya), representada ésta por su marido, señor Daniel Salazar, para que con su citación y audiencia, se hiciesen por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo el testamento consignado como del señor Alejandro Piedrahita Velilla, o puesto por escrito, considerado como testamento verbal en el decreto judicial de diez y siete de noviembre de mil novecientos veintisiete, que dictó el señor Juez 1º del Circuito en lo Civil, protocolizado en la Notaría 2ª de este Circuito, el diez y nueve de noviembre citado, bajo el número 4860.

"Segunda. Que, en consecuencia, es nulo el juicio de sucesión del referido señor Piedrahita Velilla, por derivarse de un testamento nulo, y también por incompetencia de jurisdicción. En caso de que se declare por el señor Juez la nulidad del testamento, no por incompetencia de jurisdicción en el Juez que dictó el decreto de diez y siete de noviembre de mil novecientos veintisiete, por el cual se puso por escrito el llamado testamento verbal del señor Piedrahita Velilla, sino que tal nulidad se pronuncie por otras razones de las contenidas en los hechos fundamentales, caso en el cual también se anulará el juicio de sucesión testamentaria que se está siguiendo, y se seguirá el juicio de sucesión **ab intestato**, en ese evento pido que se hagan, también en la sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"Tercera. Que mi mandante, señor Martiniano Piedrahita V., como único hermano legítimo del señor Alejandro Piedrahita Velilla, es el único heredero legítimo de éste, y que, como tal heredero, tiene acción o derecho para que se le adjudique la herencia de su hermano, ocupada por los demandados, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, lo mismo que los aumentos que posteriormente a la muerte del señor Piedrahita Velilla haya tenido la herencia.

"Cuarta. Que se le adjudique a mi mandante, señor Martiniano Piedrahita V., la herencia de su hermano señor Alejandro Piedrahita Velilla, y que dentro del plazo de seis días, considerándose a los demandados como poseedores de mala fe, le restituyan a mi poderdante los bienes y los frutos naturales y civiles de la herencia, y no solamente los percibidos, sino los que el demandante que represento hubiera percibido con mediana inteligencia y actividad, teniendo los bienes de la herencia en su poder. Si no existieren esos frutos, que paguen los demandados el valor que tenían al tiempo de la percepción. Caso de que no se considere a los demandados como poseedores de mala fe, la restitución de los frutos se entenderá de los que se perciban después de la contestación de la demanda.

"Quinta. Que deben en todo caso pagar las costas del juicio, si dieren lugar a que éste siga."

Citó en apoyo de esta demanda los artículos pertinentes del Código Civil, y los hechos que la sentencia del Tribunal resume así:

El señor Alejandro Piedrahita Velilla era vecino de Buriticá cuando murió en Bello, el tres de noviembre de mil novecientos veintisiete, pues en aquella ciudad tenía sus bienes, y allí había vivido.

Con fundamento de las declaraciones citadas, hizo el Juzgado 1º en lo Civil de este Circuito la declaración de que era testamento verbal del señor Alejandro Pidrahita el que se acusa de nulo, y allí figuran los demandados como herederos.

El Juzgado 1º Civil de este Circuito no era el competente para poner el testamento verbal por escrito, sino el Juzgado de Circuito con jurisdicción en Buriticá, último domicilio del finado, de acuerdo con el artículo 1096 del Código Civil.

Por la razón expuesta, era también incompetente aquel Juzgado para conocer del juicio de sucesión.

El señor Piedrahita Velilla no otorgó testamento privilegiado verbal, de acuerdo con las prescripciones legales, y por consiguiente, el decreto judicial de diez y siete de noviembre de mil novecientos veintisiete, carece de valor legal.

El décimoquinto fundamento de la demanda está redactado así:

Afirman varios testigos que el testigo instrumental Remigio Peña, el día y a la hora en que se dice haber expuesto el señor Piedrahita Velilla sus declaraciones testamentarias, estaba en el Hospital de San Juan de Dios, en Medellín, asistiendo a una operación que se le hacía a su mujer, y que cuando dicho señor Peña volvió a Bello, ya el señor Piedrahita V. había muerto. Pero seguramente, porque en certificados de fechas tres y veinte de abril de mil novecientos veintiocho, aseguran los doctores Juan B. Montoya y Rafael Arango Villegas, que la aludida esposa de Peña fue operada el ocho de noviembre de mil novecientos veintisiete; ese fundamento de la demanda fue corregido en memorial de diez y siete de abril así:

Afirman varios testigos que el llamado testigo instrumental, Remigio Peña, el día y a la hora en que se dice haber expuesto el señor Piedrahita Velilla sus declaraciones testamentarias, no estaba presente en la casa que habitaba el señor Piedrahita, y que cuando se presentó en esa casa, ya había muerto este señor.

Finalmente, se dice que los demandados Julio C. y Ricardo A. David, reconocieron al actor como verdadero causahabiente del señor Piedrahita Velilla, pues recibieron en arrendamiento los bienes relictos, según consta en documento de folio 17, fechado en Buriticá el quince de noviembre de mil novecientos veintisiete.

Los demandados contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor.

Seguido el juicio por sus trámites propios, el Juez falló la primera instancia, absolviendo a la parte demandada de todos los cargos de la demanda.

El Tribunal Superior de Medellín confirmó, con las respectivas costas, la sentencia del Juzgado.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el personero de la parte demandante, y como tal recurso fue admitido por auto ejecutoriado, procede la Corte a resolverlo.

Dice el Tribunal:

El tercer motivo, y el último de la alegación de nulidad del testamento, se hace consistir en la carencia de jurisdicción del Juez que lo puso por escrito, porque el pronunciamiento de ese decreto no correspondía a los Jueces de este Circuito sino al del Circuito de la vecindad del testador, de acuerdo con el artículo 1096 del Código Civil, o sea el de Antioquia, por haber sido el señor Piedrahita Velilla vecino de Buriticá. A este respecto se extienden los litigantes en largas alegaciones, que el Tribunal estima innecesario seguir detenidamente; pues observa por las pruebas, que el señor Piedrahita Velilla no había formado familia, era solo, y no tenía más familia que la impuesta por la ley; que tenía fincas en Buriticá y en Peque, poblaciones pertenecientes en lo judicial a distintos Circuitos; que hacía meses se había retirado de aquellos lugares, y que estaba viviendo en Bello, donde había manifestado el deseo de radicarse definitivamente, según se desprende de las declaraciones de Pablo Escobar, Luis Arango y Hernando Arango. Concurrían, pues, respecto a don Alejandro Piedrahita Velilla, circunstancias constitutivas de domicilio en varios lugares, caso en el cual debe entenderse que en todos esos lugares tenía domicilio, siguiendo al respecto las doctrinas de los artículos 83 del Código Civil y 160 del anterior Código Judicial, y por consiguiente, que no existe el fundamento de la alegada incompetencia de jurisdicción."

Combate el recurrente este fundamento de la sentencia, manifestando que el hecho de estar viviendo en un momento dado una persona en determinado lugar, cuando aparece irrefragablemente que tiene realmente constituído su domicilio en otros lugares, y agregada la circunstancia de que la persona de que se trata haya manifestado el deseo de radicarse definitivamente en aquel lugar, no alcanza a constituír un nuevo domicilio.

El simple deseo manifestado, de radicarse en el lugar en donde en un momento dado está viviendo la persona que se dice tener tal deseo, no constituye el ánimo que se presenta real o presuntivamente de permanecer en tal residencia, según lo que establece el artículo 76 del Código Civil.

Podría aceptarse, en vía de discusión, continúa diciendo el recurrente, que el señor Piedrahita aspiró a domiciliarse en Bello, mas de allí, a que su último domicilio fuera Bello o siquiera que uno de sus últimos domicilios fuera tal población, simplemente porque manifestó cuando allí vivió una temporada, el deseo de radicarse allí, naturalmente previo el debido arreglo de sus negocios en los otros lugares de su domicilio, existe en verdad una distancia enorme.

Pero dice el autor del recurso, ni siquiera está demostrada con los testimonios que cita el Tribunal, la manifestación que hiciera el señor Alejandro Piedrahita del deseo de domiciliarse en Bello.

Dice el recurrente:

"Al respecto cita el Tribunal las declaraciones de Pablo Escobar, Luis Arango y Hernando Arango. No aparece de estas declaraciones, ni nadie lo ha afirmado siquiera, que en presencia de estos tres testigos a la vez, y en una u otra forma, o al menos en presencia de dos de ellos a la vez, hubiera manifestado ese deseo de radicarse en Bello el manifestante señor Piedrahita.

"Se refieren sus declaraciones a palabras de aquél, y según el artículo 609 del antiguo Código Judicial (artículo 699 del nuevo Código), las declaraciones sobre las palabras no forman jamás prueba sobre los hechos, y para que formen prueba sobre las palabras es preciso que el testigo asegure haberlas oído proferir, y en este caso la uniformidad de los dos testigos deberá referirse a las palabras e igualmente a las circunstancias que puedan alterar o modificar su sentido.

"No aparece de las declaraciones citadas por el Tribunal, que los tres testigos citados, ni siquiera dos de ellos, hubieran oído al mismo tiempo las palabras con las cuales manifestó Piedrahita el dicho deseo de radicarse definitivamente en Bello, para dejar así comprobada, con las circunstancias en que fueron pronunciadas, la existencia de tales palabras, que necesariamente han debido ser repetidas, para poder apreciarlas debidamente con las declaraciones de los testigos.

"Dados los términos del artículo 609 del Código Judicial citado, no está probado el hecho mismo y tampoco las palabras. Y partiendo así de la base de que no prueban por sí solas las palabras el hecho mismo, se tiene que, aun en el caso de que estuvieran comprobadas tales palabras, hubo error por parte del Tribunal en la apreciación de las pruebas, error que lo condujo a violar el artículo 83 del Código Civil, al dar por probado un domicilio que no comprueban las declaraciones que cita el Tribunal, expresado en el sentido en que él presenta esos testimonios. Y con mayor razón ocurre tal violación, si es el caso de no dar por comprobadas las palabras.

Aun en el caso de que pudiera situarse la cuestión en el de confesión de un domicilio por parte del supuesto testador, es lo cierto que, según lo ha reconocido con sobrada razón la honorable Corte Suprema, 'la ley no reconoce la confesión como medio de prueba del domicilio, sino únicamente cuando ella se deriva de la manifestación que se haga ante la respectiva autoridad.' (Número 1379 del tomo III de la **Jurisprudencia de la Corte**).

"Por otra parte, aunque no fuera perfectamente jurídica la doctrina de la Corte de que se acaba de hablar, como lo es en realidad, se tendría que en este caso sería asunto de una confesión extrajudicial, que, según el artículo 562 del antiguo Código Judicial, en lo esencial igual al artículo 608 del nuevo, no produce sino prueba deficiente, y debe, en todo caso, comprobarse plenamente la confesión misma.

"Habría, pues, error de derecho en la apreciación de las pruebas citadas, por razón de las disposiciones del Código Judicial expresadas, y también desde luégo, por razón de lo dispuesto en el artículo 82 del Código Civil, según el cual la confesión del ánimo de domiciliarse debe hacerse ante la respectiva autoridad. Y de ahí la violación del artículo 83 del mismo Código, citado expresamente por el Tribunal dicho, a efecto de reconocer un nuevo domicilio en Bello al supuesto testador Piedrahita. Con la advertencia expresa de que el Tribunal no lo dice, y que, por tanto, no hay razón alguna para suponerle

determinado pensamiento contrario a los términos claros de la motivación de su fallo, y sólo por vía de hipótesis, y para agotar la materia, se presenta este nuevo supuesto, es a saber: el Tribunal quiso referirse al hecho de que el testador trató de adquirir propiedades raíces en Bello. Pero en tal caso, por las razones expuestas en este alegato, no está probado tal hecho de acuerdo con las respectivas reglas de derecho, de donde el error de derecho origina también la violación del artículo 83 del Código Civil, citado por el Tribunal. Y aun en el caso de que existiera tal prueba, como el hecho de comprar propiedades en un sitio, aún más, el hecho de pensar comprar tales propiedades, no completa con la simple residencia el domicilio, se presentará entonces siempre el problema del ánimo de domiciliarse, que al no estar probado, como ya se demostró, ni poderse probar, ni siquiera por confesión del supuesto domiciliado, origina una nueva forma de error en la apreciación de las pruebas, consistentes en las declaraciones ya citadas, y la consiguiente violación del artículo 83 del Código Civil, fundamento cardinal del fallo del Tribunal, al no estar probado que Bello fuera domicilio del testador.

"Se han aducido las razones **b)**, **c)** y **d)**, únicamente para abundar, porque, realmente, la razón fundamental en esta materia consiste en que dentro de los fines de la casación no parece pueda la honorable Corte dejar pasar sin sanción, en sí misma considerada, la declaración categórica, tan categórica como errónea, del Tribunal Superior, de que se constituye un nuevo domicilio cuando se une a la residencia el deseo de radicarse definitivamente.

"Se comprende por lo expuesto que las disposiciones violadas por el Tribunal fueron fundamentalmente el artículo 83 del Código Civil y el 1096 del mismo, citados al principio del capítulo de acusación de la sentencia. La violación ha de referirse también, según los casos, aunque ya de manera colateral, a las demás disposiciones del Código Civil y aun del Judicial aquí citadas, y en el concepto de que han sido presentadas en este mismo alegato

"Por lo demás, como consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 1096 del Código Civil, que exige la intervención del Juez del último domicilio del testador, viene la nulidad a que se refiere la demanda."

Considera la Corte que, si en verdad el Tribunal se quedó corto en su razonamiento para deducir que estaba probada la intención que tenía el señor Alejandro Piedrahita de permanecer en Bello, donde residía hacía varios meses, y que se presta tal razonamiento a los reparos que hace el recurrente en lo relativo a la prueba del deseo manifestado por el señor Piedrahita, de establecerse en dicha población, hay elementos estimados en la misma sentencia que conducen a las conclusiones del sentenciador.

En efecto: asevera éste que el señor Piedrahita no había formado hogar, que era solo y no tenía más familia que la impuesta por la ley; que tenía fincas en Buriticá y en Peque, poblaciones pertenecientes en lo judicial a distintos Circuitos; que hacía meses se había retirado de aquellos lugares y estaba viviendo en Bello.

Ahora bien: conforme al artículo 79 del Código Civil, no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere domicilio civil en un lugar por el sólo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que su residencia es accidental; como la del viajero, etc.

El señor Piedrahita no tenía en otra parte su hogar doméstico; por el contrario, la familia impuesta por la ley, de que habla el Tribunal, estaba en Bello; como está demostrado en autos, y no está acreditado que fuera accidental su ya larga residencia en esa población.

De modo que el hecho de habitar por largo tiempo casa propia en un lugar, sí es elemento presuntivo del ánimo de permanecer en él, a menos que concurran las circunstancias que lo destruyan.

Por tanto, aunque flaqueara la prueba relativa a la manifestación del deseo hecha por Piedrahita ante testigos, de avecindarse definitivamente en Bello, no por eso podría casarse la sentencia, desde luégo que no hay error evidente en la apreciación de las demás pruebas que indujeron al Tribunal a considerar a Piedrahita como domiciliado en Bello; pues si tenía fincas en Buriticá y en Peque, que él podía administrar por medio de sus agentes desde Bello, tal circunstancia no se opone a que en esa población, donde vivía hacía meses, donde había nacido y tenía familia, fijara su domicilio, tanto más cuanto está demostrado por uno de los hechos de la demanda, que Bello era el centro adonde traía los productos de la hacienda que Piedrahita tenía en Buriticá y en Peque, para venderlos luégo en la feria de Medellín.

No viola, por tanto, el Tribunal, el artículo 83 del Código Civil, al considerar que en Piedrahita concurrían circunstancias constitutivas de domicilio civil en varias secciones territoriales, aun admitiendo por vía de hipótesis que en Buriticá y en Peque los tuviera, por el hecho de ser propietario de haciendas en esos municipios.

Estima el recurrente que en la sentencia se quebrantan los artículos 83 y 1096 del Código Civil, por el motivo que expone de la manera siguiente:

"Es cierto que el artículo 83 establece la posibilidad de la existencia de más de un domicilio, pero agrega que si se trata de esos que dicen relación especial a una de dichas secciones territoriales exclusivamente, ella sólo será para tales casos el domicilio civil del individuo. De modo que aun en el supuesto, absolutamente hipotético, de que el testador hubiera tenido un domicilio en Bello, y habiendo dispuesto en el llamado testamento de sus bienes, situados todos—pues en Bello nada tenía—en los otros domicilios, y siendo precisamente el testamento por definición el acto de disposición de tales bienes (artículo 1055 del Código Civil), para que tenga efecto después de su muerte, es decir, después de la muerte del testador, hacía el testamento relación sólo a domicilios distintos del de Bello, es decir, al de la situación de los bienes o de la mayor parte de ellos, como se comprende, aun desde el punto de vista estrictamente legal, por el contenido del artículo 162 del antiguo Código Judicial, según el cual:

'1º Es Juez competente para declarar abierto el juicio de sucesión de una persona difunta, el del domicilio que en la República tenía el finado al tiempo de su muerte. Si no tenía domicilio fijo o lo tenía en varios lugares, o en país extranjero, es Juez competente el del lugar donde al tiempo de la muerte se hallare la mayor parte de sus bienes.'

"Y esta circunstancia es de importancia tál, que a continuación agrega la misma disposición que 'este mismo Juez será el competente, no el del domicilio, si así lo dispone el testador en su testamento.'

"Se sigue de lo expuesto que fue violado por el Tribunal el artículo 83 del Código Civil, desde el punto de vista de que se acaba de hablar, y como consecuencia lógica, el artículo 1096 del mismo Código, que debe aplicarse en relación con el expresado 83, cuando sea el caso de varios domicilios. La violación de estas disposiciones origina a su turno la violación de los demás preceptos legales de que se habló en el capítulo anterior, y debe traer como consecuencia la casación de la sentencia recurrida y la declaración de la nulidad que corresponde."

Considérase:

El artículo 83 del Código Civil no puede aplicarse al caso presente, en el sentido que el recurrente señala. Manda el artículo 1096 del Código Civil, que la información testimonial recogida para poner por escrito el testamento verbal, sea remitida al Juez del último domicilio, si no fuere el que ha recibido la información, para que éste dicte el decreto en que se ordene tener como testamento verbal las declaraciones del testador, si están ajustadas a las solemnidades prescritas por la ley.

Ahora bien: este acto, que tiene por objeto asegurar la voluntad del testador y darle valor legal a sus disposiciones testamentarias, puede verificarse ante cualquiera de los Jueces de Circuito de los lugares en que tenga domicilio civil el testador, desde luégo que no se trata de negocios què se refieran exclusivamente a uno de esos domicilios, sino de la disposición general de bienes, para que tenga efecto después de la muerte del causante.

Se comprende muy bien que quien tiene en varias secciones territoriales circunstancias constitutivas del domicilio civil, en una de las cuales funcione una casa comercial, haya de tenerse como único domicilio del comerciante la sección en que esté el asiento de sus negocios mercantiles para todo lo relacionado con esos negocios, pues entonces sí se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, pero no cuando el caso se contrae a una disposición general de bienes.

Dijo el Tribunal en su sentencia:

"En síntesis, el Tribunal considera que en el testamento verbal que se ha estudiado concurren todos los requisitos que son de la esencia de esa clase de testamentos, a saber: que desde el principio hasta el fin, y de manera no interrumpida, fue presenciado por tres testigos que veían, oían y entendían al testador; que éste manifestó a aquéllos que su intención era testar, e hizo de viva voz sus declaraciones y disposiciones; que el testador se hallaba en su sano juicio, y que parecía no haber tenido tiempo de otorgar testamento solemne."

El autor del recurso expresa que la doctrina expuesta por el Tribunal en el aparte anterior es errónea, puesto que contraría el contenido del artículo 1095 del Código Civil, "toda vez que, según esta disposición, el Juez necesariamente debe exigir a los testigos instrumentales que declaren si el difunto manifestó la intención de testar ante ellos. Comoquiera que el testamento es, de conformidad con la definición que trae el artículo 1055 del Código Civil, un acto más o menos solemne, pero siempre y en todo caso solemne, y los testigos, en el caso del instrumento llamado testamento verbal, tienen el carácter de testigos instrumentales, y reemplazan estrictamente al Notario mismo y a los testigos instrumentales de otra clase de testamentos, en parte esencial de la solemnidad misma, resulta que el testador debe manifestar con palabras su voluntad positiva y expresa de testar ante tales testigos, como parte esencialísima del testamento verbal en sí mismo considerado. Sin embargo, el Tribunal, al sentar definitivamente doctrina para fallar el litigio en contra de la parte demandante, prescinde a las claras de tal circunstancia, y viene así a violar el artículo 1095 del Código expresado, que exige la circunstancia mencionada de modo expreso, en relación con el artículo 1090, según el cual el testamento verbal será presenciado por tres testigos a los menos, y con el artículo 1055, que declara ser el testamento un acto más o menos solemne; disposiciones estas últimas que así fueron también violadas. Ocurre por otro lado, que de las palabras que hacen de testamento verbal en este caso, no aparece que el supuesto testador hubiera manifestado voluntad de testar precisamente ante los testigos que luégo declararon. Por consiguiente, hay lugar a casar la sentencia por los motivos que se acaban de mencionar y también por violación del artículo 1096 del Código Civil, que exige que el decreto del Juez, de que habla tal disposición, se base en que realmente se hayan cumplido las solemnidades prescritas por la ley, entre las cuales está la de que se ha venido hablando, y de la cual prescinde, sin embargo, el Tribunal. Se presenta asimismo la violación del artículo 1097 del expresado Código, según el cual el testamento consignado en el decreto judicial protocolizado, puede ser impugnado de la misma manera que cualquier otro testamento auténtico, como es la omisión de una formalidad o solemnidad tan importante como la de que se acaba de hablar, según lo que establece el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, que en tal concepto viene a ser también violada."

Considera la Corte que, comparando el artículo 1095 del Código Civil con las expresiones del Tribunal que el autor del recurso estima como contrarias a esta disposición legal, no se ve tal contradicción.

En efecto, dicho artículo dice en la parte pertinente:

Los testigos instrumentales depondrán sobre los puntos siguientes:

2º Si (el testador) manifestó su intención de testar ante ellos. "El Tribunal expone que éste (el testador) manifestó a aquellos testigos que su intención era testar, e hizo de viva voz sus declaraciones y disposiciones."

No halla la Corte la discrepancia entre lo que el Tribunal expresa y lo que preceptúa la ley, pues es claro que si el testador expresó ante los testigos que su intención era testar, y en efecto hizo ante ellos sus declaraciones testamentarias, la intención no puede referirse a otras personas distintas de los testigos a quienes hizo llamar para que oyeran su testamento, y a quienes les expresó de viva voz las disposiciones de su última voluntad.

Pero dice el autor del recurso:

"En el supuesto de que pudiera admitirse, lo cual se niega desde luégo, que en el pasaje antes transcrito de la sentencia del Tribunal, éste hubo siempre de aceptar que era requisito necesario y esencial para la existencia del testamento verbal, que el testador hiciera la correspondiente declaración precisa de su intención de testar ante los testigos, y que hubiera dado por probada la existencia de tal manifestación en el caso del presente litigio, negando, en consecuencia, las peticiones de la demanda, es lo cierto que en tal supuesto siempre existiría la violación de las disposiciones sustantivas antes citadas, y a base de error de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, consistentes en las declaraciones

de los supuestos testigos instrumentales, ya que de esas declaraciones no aparece que Piedrahita hubiera manifestado la intención de otorgar testamento ante ellos, lo cual ni siquiera lo afirman así los testigos, y ya que, aun en el caso de que lo afirmaran, en forma precisa y neta para los efectos de la solemnidad, que les expresó algo que pudiera sustituir tales palabras legales precisas, si acaso ellas pudieran ser legalmente sustituídas, han debido reproducir literalmente tales palabras para poderlas estimar, dándolas por comprobadas, con el efecto jurídico correspondiente, al tenor de lo preceptuado en el artículo 609, ya citado, del antiguo Código Judicial, y del 699 del actual.

"Desde el punto de vista de la prueba de la solemnidad exigida por el artículo 1095 del Código Civil, los llamados testigos instrumentales han debido declarar en la necesaria oportunidad, que la intención de hacer testamento ante ellos fue manifestada ante los tres testigos a la vez, con indicación por cada uno de los declarantes, de que estaban presentes, y a él se dirigió y también a los otros dos testigos. El testamento verbal tiene que ser en realidad un acto solemne, y no una serie de declaraciones de testigos más o menos acordes, y en que más o menos se pueda interpretar lo que hizo el supuesto testador. Aparece de lo expuesto que han sido violadas las disposiciones citadas en el curso del presente capítulo de acusación, disposiciones que en el caso de que hubieran sido debidamente interpretadas y aplicadas al caso de este litigio, habrían conducido al Tribunal a fallar de acuerdo con la demanda."

Considérase:

Los tres testigos instrumentales del testamento del señor Piedrahita, sobre el punto controvertido, declaran así:

El señor Remigio Peña:

"5º Afirmo, porque lo presencié, que tan pronto como entré a dicha alcoba, el señor Piedrahita Velilla manifestó con voz clara y perceptible, que oyeron todos los allí presentes, que se sentía morir, y que como no había tenido tiempo de llamar un Notario a Medellín, me llamaba a mí y al señor Hernando Arango para que oyéramos las disposiciones de su última voluntad.

"6º Por ese motivo afirmo, sin vacilación, que el señor Alejandro Pledrahita Velilla, en el lugar, en la fecha y en la hora ya indicadas, manifestó que su intención era la de hacer constar ante mí y ante el señor Arango su última voluntad."

El señor Hernando Arango, folio 8º, cuaderno 1º:

"Porque lo presencié, afirmo que tan pronto como estuve en la alcoba con los otros dos testigos, manifestó el citado Piedrahita V., con voz clara y perceptible, que todos oímos, que se sentía morir, y que como no había tiempo para llamar un Notario a Medellín, llamaba testigos para que oyeran las últimas disposiciones de su voluntad.

"6º Afirmo, sin vacilación, que el señor Piedrahita Velilla, en el lugar, a la hora y en la fecha ya indicadas, manifestó ante mí que su intención era la de hacer constar ante los testigos presentes su última voluntad."

Y la señora Carmen Vélez, folio 10 del cuaderno número 1º:

"Es verdad y me consta, porque lo presencié, que inmediatamente después de que salió el expresado sacerdote de la casa del moribundo, señor Piedrahita Velilla, situada en el barrio de Andalucía, de la cabecera del Municipio de Bello, como a las tres de la tarde del citado día dos de noviembre que cursa, el mismo señor Piedrahita Velilla hizo llamar a los señores Remigio Peña y Hernando Arango por conducto mío para que entraran a la alcoba en que agonizaba.

"5º Es verdad y me consta, porque lo presencié, que tan pronto como entramos a la alcoba, el señor Piedrahita Velilla nos manifestó con voz clara y perceptible, que oímos todos al mismo tiempo, que se sentía morir, y como no había tiempo de llamar un Notario a Medellín, nos llamaba para que oyéramos las disposiciones de su última voluntad.

"6º Por este motivo puedo afirmar, y afirmo sin vacilación, que el señor Alejandro Piedrahita Velilla, en el lugar, en la fecha y a la hora ya indicadas, manifestó ante los que estábamos allí presentes, que su intención era la de hacer constar ante ellos su última voluntad."

En presencia de estos testimonios puede afirmarse, sin vacilación, que el Tribunal no incurrió en error de hecho manifiesto al estimar que el testador manifestó a los testigos que oyeron su testamento, que su intención era testar ante ellos. Cada uno lo declara así, y está probado que los tres testigos estaban presentes cuando vieron al testador y oyeron y entendieron sus declaraciones.

No está, pues, justificada la acusación que por quebrantamiento del artículo 1095 del Código Civil ha formulado el señor apoderado de la parte recurrente.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, el quince de diciembre de mil novecientos treinta y dos, y condena en las costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Manuel Vicente Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

José Miguel Pinzón demandó a los señores Vicente Vargas y Roberto Nieto, para que se hicieran estas declaraciones:

"a) Que el contrato contenido por la escritura número 54, de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos veintiuno, pasada en la Notaría 1ª de este Circuito Notarial, entre el señor Vicente Vargas y Roberto Nieto, adolece de simulación.

"b) Que los otorgantes, al celebrar dicho contrato y consignarlo en escritura pública, simularon el precio de las fincas materia de la venta, en tal extremo, que perjudicaron visiblemente los intereses del Fisco, y violaron de manera notoria los más elementales principios de moral que la ley aconseja (sic) observar en los contratos y convenciones de buena fe.

"c) Que los mismos otorgantes, al celebrar dicho contrato y consignarlo en la prenombrada escritura pública, lo hicieron con ánimo doloso de arrebatarme la posesión de las fincas dadas en anticresis por el señor Vicente Vargas, cuando éste era dueño de ellas en el año de mil novecientos veinte, y no gravitaba sobre las mismas gravamen alguno.

"d) Que como consecuencia natural de la simulación y dolo con que procedieron los otorgantes señores Vicente Vargas F. y Roberto Nieto, el precitado contrato número 54, de veinticuatro de enero de mil novecientos veintiuno es nulo, de nulidad absoluta, y en consecuencia lo son y deben serlo los posteriores que se desprendan de la misma convención.

"Y en caso de que no prospere la acción de nulidad anterior, solicito que subsidiariamente se declare, en la misma sentencia, lo siguiente:

"Que el contrato anticrético celebrado por el citado señor Vargas y el suscrito, consignado en documento privado, de fecha diez y ocho de octubre, de mil novecientos veinte, en esta ciudad, y por valor de cinco mil pesos moneda legal, está vigente, obliga a las partes y me da derecho para retener las fincas dadas allí en anticresis para garantizar el crédito y compensar sus intereses con sus frutos."

Los hechos fundamentales de la acción están relacionados así:

"El citado diez y ocho de octubre de mil novecientos veinte, el señor Vicente Vargas y el suscrito celebramos el contrato anticrético de que hice mención, y consignado en el ya dicho documento de aquella misma fecha, y por el cual consta haber recibido el señor Vargas de mis manos, a mutuo o préstamo, la suma de cinco mil pesos moneda legal, por un plazo de veinte años, y haberme cedido él, Vargas, voluntariamente, la posesión material de los inmuebles antes demarcados, por el mismo término de veinte años, para que compensara los intereses del referido capital con los frutos de los inmuebles, y tener a la vez garantía de mi dinero.

"Posteriormente, o sea el veinticuatro de enero de mil novecientos veintiuno, el señor Vicente Vargas F. y Roberto Nieto, resolvieron desposeerme de las fincas, fingiendo el contrato de venta que aparece en la ya dicha escritura número 54, de veinticuatro de enero de mil novecientos veintiuno, la que permaneció tendenciosamente sin registro, como ya dije, hasta el año de mil novecientos veintisiete.

"La confianza que me infundió la promesa de los señores Vargas F. y Roberto Nieto, de no registrar tal contrato de venta, me tuvo apartado de los hechos que posteriormente sucedieron; pues ahora he venido a darme cuenta de que la tántas veces dicha escritura de venta de los bienes mencionados, fue registrada al cabo de seis años, o sea el trece de diciembre de mil novecientos veintisiete, conocimiento que tuve por la casualidad de haberme dicho alguien que tales fincas estaban embargadas a Roberto Nieto.

"En que, a pesar de la enajenación de las fincas, los señores Vargas y Nieto no se han atrevido a despojarme de ellas sin pagarme el valor de mi crédito, pero sí pretenden hacerlo por medio de litigios ejecutivos."

El Juez absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda, y apelada dicha sentencia, la confirmó el Tribunal de Tunja.

Pinzón interpuso recurso de casación, que fue admitido, y hoy toca resolverlo de fondo.

Los fundamentos del Tribunal son en síntesis:

"Para demandar la nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura número 54, otorgada el veinticuatro de enero de mil novecientos veintiuno, ante el Notario 1º del Circuito de Chiquinquirá, según la cual Vicente Vargas vendió a Roberto Nieto un globo de terreno ubicado en el partido de Casablanca, de dicho Municipio, y una casa de rafa y teja, situada en la Calle Real de esa ciudad, escritura registrada el trece de diciembre de mil novecientos veintisiete, José Miguel Pinzón alegó en su favor el derecho proveniente del contrato de que habla el documento firmado por él y por Vicente Vargas el diez y ocho de octubre de mil novecientos veinte, documento que está estampillado.

"Se dice allí que Pinzón dio a Vargas en calidad de mutuo o préstamo con interés, por el término de veinte años, contados desde la fecha del documento, cinco mil pesos moneda legal, y que Vargas, para garantizar el capital y compensar los intereses, dio a Pinzón el goce y el usufructo de un globo de tierra, ubicado en la vereda de Casablanca, jurisdicción del referido Municipio, y de una casatienda ubicada en la Calle Real de aquella ciudad.

"Los linderos señalados en el documento al globo de tierra, corresponden en su totalidad a los que aparecen en la escritura; pero los señalados en el documento a la casa, sólo corresponden en parte a los indicados en la escritura.

"Vargas y Pinzón reconocieron el documento ante el Juzgado 2º del Circuito de Chiquinquirá, el quince de febrero de mil novecientos treinta y dos, y el apoderado del último lo presentó en el juicio el treinta de agosto del mismo año.

"La confesión hecha por Vargas al reconocer el documento, al contestar la demanda y al absolver unas posiciones, no sirve para desatar la litis en favor del demandante, porque si Vargas no puede demandar la nulidad del contrato en cuya celebración intervino, tampoco puede aprovecharse de su propia confesión para obtener la declaratoria de nulidad. (Véase sentencia de la Corte Suprema, mayo 2 de 1929, tomo XXXVI, número 1839, página 387 vuelto a 389 vuelto).

"De acuerdo con la doctrina sentada por la honorable Corte Suprema de Justicia sobre el particular, aun cuando estuviera demostrado que en la fecha de la demanda Pinzón era en realidad acreedor de Vargas, ese solo carácter no le daba al primero acción para demandar la nulidad de la venta hecha por Vargas a Nieto, según la escritura número 54, de veinticuatro de agosto de mil novecientos veintiuno.

"Pero respecto de Roberto Nieto ni siquiera aparece comprobado que en la fecha de la demanda, o sea el cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y uno, José Miguel Pinzón fuera en realidad acreedor de Vicente Vargas por los cinco mil pesos.

"La fecha del instrumento privado, dice el artículo 1762 del Código Civil, no se cuenta respecto de terceros sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en algún registro público, o en que consta haber sido presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o lo haya

inventariado algún funcionario competente con el carácter de tál.

"De acuerdo con este artículo, el documento aducido por Pinzón para comprobar su derecho a ejercitar la acción intentada, no puede ser tenido en cuenta contra el demandado Nieto, sino desde el treinta de agosto de mil novecientos treinta y dos en adelante, fecha en que fue presentado en el juicio, o cuando más desde el quince de febrero del mismo año, fecha en que fue reconocido por Vargas y Pinzón ante el Juzgado 2º del Circuito de Chiquinquirá, porque respecto de Nieto no está cumplida ninguna de las condiciones exigidas por tal disposición, para que dicho documento pueda surtir contra terceros efectos anteriores a esas fechas.

"Y si esto es así, respecto de Nieto tampoco aparece comprobado que en la fecha de la demanda existiera entre Pinzón y Vargas el contrato de anticresis sobre los terrenos a que el documento y la escritura se refieren."

El estudio de la Corte se concretará a los reparos que el recurrente le hace al fallo por el quebrantamiento de los artículos 1740, 1741 del Código Civil, y 15 de la Ley 95 de 1890, ya que los demás citados por el recurrente son extraños al caso debatido.

Negó el sentenciador la acción de nulidad absoluta demandada, porque consideró que el demandante, en su carácter de acreedor anticrético, no tenía acción para demandar esa nulidad, por carecer del interés de que habla el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, y el recurrente no ha demostrado ese interés, puesto que en jurisprudencia constante de la Corte se ha resuelto que el acreedor no puede demandar la nulidad por simulación de un contrato que celebre su deudor, como puede verse en los fallos de treinta de agosto de mil novecientos veinticuatro, tomo XXXI, y veinticuatro de agosto de mil novecientos veinticinco, tomo XXXI, respectivamente, y esta jurisprudencia no podría cambiarse hoy, ya que el demandante en casación no alega razón suficiente, jurídicamente hablando, que obligue a la corporación a cambiar de parecer.

Cierto que los contratos simulados pueden atacarse como violatorios de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, pero para que esas acusaciones prosperaran, es indispensable que quien solicite la nulidad tenga derecho para proponer la correspondiente acción de nulidad por simulación, acción que en este caso se le ha negado al recurrente.

Pero para mayor abundamiento, y suponiendo que se hubieran violado por el sentenciador esas disposiciones, la sentencia tiene un fundamento que no ha sido atacado en casación, cual es que la confesión de Vargas no le puede servir para desatar la litis a su favor, ya que él no puede demandar la nulidad de un contrato nulo en que intervino; pero si esto no fuera una verdad jurídica, cierto es también que el fallo tiene otro fundamento, que tampoco ha sido atacado en casación, cual es que el documento privado aducido por Pinzón contra Vargas, no puede perjudicar a Nieto, porque la fecha de ese instrumento, fecha cierta, es posterior a la demanda, lo que implica que cuando ella se estableció no aparece comprobado que entre Pinzón y Vargas hubiera contrato de anticresis.

Los artículos 6º, 63, 16, 740, 1496, 1500, 1501, 1502, 1523 y 1524 invocados por el recurrente, no dicen relación alguna con la nulidad del contrato por simulación demandada, son extraños al punto debatido, como puede comprobarse con su lectura.

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, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, de fecha marzo dos de mil novecientos treinta y tres.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado del Circuito en lo Civil, de Manizales, el doctor Arturo Salazar Grillo, como apoderado de American Trading Co. Inc., demandó el catorce de mayo de mil novecientos veintinueve, en juicio ordinario, al señor Mariano Mejía G. y a la sucesión del señor Carlos E. Pinzón, para que se declarara:

"1º Que los dichos Mariano Mejía G. y sucesión de Carlos E. Pinzón deben, y están obligados a pagar, dentro de los seis días siguientes al de la notificación de la sentencia respectiva, a la American Trading Co. Inc., de New York, cuatrocientos ochenta sacos de café pilado, de la clase llamada **Excelso**, y sesenta sacos de café pilado de clases inferiores, de setenta kilogramos de peso cada uno, en las siguientes proporciones: el demandado Mejía G. debe ser condenado a pagar trescientos sacos de la clase primeramente indicada, y treinta y siete y medio sacos de las otras clases, y la sucesión del señor Pinzón debe ser condenada a pagar el resto, o sean ciento ochenta sacos de la primera clase y veintidós y medio sacos de las otras.

"2º Que el café que los demandados deben pagar es de calidad media, dentro de la respectiva clase.

"3º Que los demandados deben y están obligados a pagar a la American Trading Co. Inc., de New York, los perjuicios provenientes del retardo en entregar el café que deben a esa Compañía en las mismas proporciones anotadas en la petición anterior, es decir, cinco partes del total de los perjuicios el señor Mejía G., y las otras tres partes restantes, la sucesión.

"4º Que las obligaciones a que se contraen los puntos anteriores pesan sobre los demandados Mariano Mejía G. y sucesión del señor Carlos E. Pinzón, proporcionalmente a las cantidades recibidas por ellos en la liquidación de la sociedad anónima, que giró en esta ciudad con el nombre de **La Oriental**, o sean cinco partes del total al demandado Mejía y tres partes a la sucesión, y hasta concurrencia de esas cantidades recibidas.

"5º Que los demandados están en la obligación de pagar las costas del presente juicio, si se empeñan en la litis."

En sentencia de quince de marzo de mil novecientos treinta y dos, el Juez de la causa absolvió a los demandados y no condenó en costas.

Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de abril diez y nueve de mil nove-

cientos treinta y tres confirmó la de primera instancia, y no condenó en costas al apelante.

La misma parte interpuso casación. El Tribunal concedió el recurso, y la Corte lo declaró admisible por auto de diez y seis de octubre de mil novecientos treinta y tres.

En providencia del nueve de noviembre del mismo año, se ordenó dar traslado a la parte recurrente, quien dejó vencer el término legal sin fundar el recurso, según se ve en la nota del Secretario de la Corte, que dice:

"Por hallarse vencido el término del traslado conferido a la parte recurrente, la que devolvió los autos sin alegato, pasa al despacho del señor Magistrado sustanciador, hoy siete de febrero de mil novecientos treinta y cuatro."

Es, pues, el caso de aplicar la sanción que establece el artículo 532 del Código Judicial.

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, declara desierto el recurso interpuesto, y condena en costas a la parte recurrente, si se hubieren causado.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

En la ejecución del señor Francisco Botero R. contra el señor Angel Parra, introdujeron sendas tercerías coadyuvantes los señores Marcelina Arango y Rubén Uribe D.

El Juez 4º en lo Civil del Circuito de Medellín pronunció sentencia el veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta, en estos términos:

"1º Se declaran no probadas las excepciones perentorias propuestas por el ejecutante.

"2º Con el producto de los inmuebles sujetos a la traba ejecutiva, cúbranse en primer lugar las costas causadas en interés común de los acreedores.

"3º Con el valor del inmueble determinado en el número segundo de la cláusula tercera de la escritura número 2107, de veinte de mayo de mil novecientos veintinueve, páguese el monto de la ejecución, con preferencia a los créditos de los terceristas.

"4º Con el producto del inmueble a que se contrae el número primero de la escritura y cláusulas determinadas en el aparte inmediato, páguese a la señora Marcelina Arango A. la cantidad de mil pesos ($ 1,000) oro, intereses de esta suma, al uno y medio (1½ por 100) mensual desde el ocho (8) de septiembre de mil novecientos veintinueve (1929) y las costas, preferentemente al crédito del ejecutante y del otro tercerista.

"5º Con el sobrante del producto de los inmuebles embargados, cúbrase al señor Rubén Uribe D. la cantidad de dos mil doscientos pesos ($ 2,200) oro, sus intereses al uno y medio por ciento (1½ por 100) mensual, devengados desde el diez y siete (17) de diciembre de mil novecientos veintiséis (1926), y las costas correspondientes; y

"6º Se condena en costas a Angel Parra. Las agencias y el trabajo en derecho en favor de la señora Arango se estiman en veinticinco pesos ($ 25) oro; y las agencias y trabajo en derecho por parte del tercerista Uribe, se estiman en treinta pesos ($ 30) oro. Liquide el señor Secretario las de su cargo."

Fue apelada esta sentencia por el ejecutante y por el tercerista Uribe D.

El Tribunal Superior de Medellín falló así el recurso, en sentencia de veinte de febrero de mil novecientos treinta y dos:

"1º Se confirman los numerales 1º, 2º y 6º de la sentencia recurrida.

"2º Con el producto del remate de los bienes embargados se cubrirá, deducidas las costas causadas en interés de los acreedores, el crédito del ejecutante, señor Francisco Botero R., por capital e intereses.

"3º Con el sobrante se cubrirán a prorrata, sin consideración a sus fechas, los créditos de los terceristas Rubén Uribe D. y Marcelina Arango, por capital e intereses.

"4º Quedan así revocados los numerales 3º, 4º y 5º de la sentencia apelada.

"5º No hay costas."

Los terceristas y el ejecutado interpusieron recurso de casación, que la Corte admitió en providencia de diez y nueve de agosto del año antepasado.

El señor Uribe D., en su demanda, invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, "porque la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea."

Antes de estudiar las acusaciones, conviene narrar sucintamente la cuestión de hecho.

Parra le hipotecó a Rubén Uribe D., por escritura número 3170, de diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiséis, estos inmuebles:

a) Dos lotes de terreno unidos, situados en Envigado, en el barrio de Mesa Jaramillo;

b) Otro lote en el mismo barrio; y

c) Un solar en el punto de **La Escuadra,** del mismo Municipio.

Dijo haber habido los lotes de las dos primeras letras por compra a Pedro Luis y Darío Restrepo.

Por escritura pública número 3164, de diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiséis, los citados Restrepos le vendieron a Parra los lotes de las letras **a)** y **b),** pero la escritura sólo fue registrada el diez y siete de mayo de mil novecientos veintinueve.

Por escritura pública número 2107, de veinte de mayo de mil novecientos veintinueve, Parra le hipotecó a Francisco Botero R. estos bienes: una casa de tapia y tejas y el terreno en que está edificada, situada en la población de Envigado, en el punto de **La Escuadra,** y que es el mismo inmueble a que se refiere la letra **c)** de la escritura de Uribe D., y un lote de terreno, con local para talleres, ubicado en Envigado, que es el mismo de que tratan las letras **a)** y **b)** de la escritura de Uribe D. La escritura de Botero se registró el veintiuno de mayo del propio año (mil novecientos veintinueve).

Dice Uribe D., en primer término, que ha sido violada la disposición del artículo 2499 del Código Civil, porque en ella se dispone que las hipotecas constituídas sobre un mismo inmueble tienen preferencia según el orden de las inscripciones, mientras que la sentencia reconoce

sólo preferencia a la hipoteca inscrita en tercer lugar, negándola a las hipotecas de primera y segunda inscripción.

Acúsase, en segundo término, la violación del artículo 2439 ibídem, porque esta disposición no tiene por objeto establecer que para hipotecar sea preciso ser propietario. El punto está regulado por otras disposiciones. La de que ahora se trata tiene por objeto establecer que las personas incapaces para enajenar lo son igualmente para hipotecar, ya que la hipotecación es una enajenación y que los requisitos para enajenar bienes de una persona incapaz son necesarios también para la hipotecación de esos mismos bienes. La sentencia quebranta esta disposición, por cuanto de ella deduce que quien no es actualmente propietario no puede hipotecar y si lo hace, la hipoteca no tiene valor actual, ni lo adquiere posteriormente, aunque quien otorgó la hipoteca adquiera después la propiedad de lo que hipotecó.

"La sentencia viola esta disposición por cuanto considera que en ella se exige la calidad de propietario, cuando lo que se exige es la calidad de capaz o los requisitos que para enajenar bienes de incapaces prescribe la ley."

En tercer término, se afirma el quebrantamiento del artículo 2443 del mismo Código. Este no tiene por objeto establecer que para hipotecar sea requisito indispensable y sin excepción el de poseer; su objeto es determinar las cosas o derechos que pueden ser materia de la hipoteca: los bienes inmuebles o derecho de dominio en ellos, el derecho de usufructo sobre inmuebles y las naves, con lo cual quedan excluídas todas las demás cosas muebles y derechos reales sobre inmuebles. Sobre si se puede hipotecar lo que no se posee, el Código trae otras disposiciones.

"La sentencia viola esta disposición, por cuanto de ella deduce que quien no es actual poseedor no puede hipotecar, y si hipoteca, la hipoteca no tiene valor actual, ni lo adquiere posteriormente, aunque quien otorgó la hipoteca adquiera después la posesión de lo que hipotecó. La sentencia viola esta disposición, por cuanto considera que en ella se exige la calidad de poseedor, cuando en realidad de verdad la disposición se concreta a establecer qué bienes o derechos pueden ser objeto de la hipoteca."

La violación de esta disposición es por aplicación indebida y por interpretación errónea.

Continúa el recurrente formulando otras acusaciones: la violación del artículo 2441 del Código que se viene citando, porque quien ha comprado un inmueble, aunque la escritura no esté registrada, tiene al menos un derecho eventual en relación con la propiedad, una vez que para adquirir el inmueble apenas le falta el registro, operación que sólo depende de la voluntad del comprador y del ejercicio por parte del registrador de funciones que le competen. La sentencia viola esta disposición, porque considera sin ningún valor la hipoteca a favor de Uribe, es decir, aun sin valor eventual.

Fue quebrantado también el artículo 2444, que reconoce la hipoteca de bienes futuros. Según él, se pueden hipotecar bienes que no se conozcan y que, por lo mismo, no pueden ser determinados en la escritura de constitución del gravamen.

La hipoteca a favor de Uribe D. fue de bienes futuros, en el sentido de que los bienes no habían sido aún adquiridos por Parra, pero con la circunstancia favorable de que se hipotecaron como actuales y se determinaron plenamente, pues ya habían sido comprados. La violación de este artículo es evidente y también por interpretación errónea.

Fue violado el artículo 752. Hipotecar es enajenar, y cuando se registra una hipoteca se hace tradición de un derecho real inmueble. Así lo establece el artículo 756.

Luego a la tradición de la hipoteca que se hace por medio del registro e inscripción, le es aplicable el artículo 752, que trata de la tradición en general y forma parte del capítulo 1º, disposiciones generales, del Título 6º, de la tradición, del Libro 2º del Código Civil.

Así pues, de acuerdo con el artículo 752, como el tradente Parra, tradente de los derechos de hipoteca en favor de la señora Arango y de Uribe D., no era verdadero dueño de los inmuebles en la fecha en que se hicieron las tradiciones de la hipoteca, los acreedores no adquirieron entonces derecho hipotecario, pleno y perfecto, sobre tales bienes. Empero, como Parra adquirió después el dominio de los bienes hipotecados, debe entenderse que las hipotecas quedan válidas y eficaces plenamente, con efecto retroactivo, a la fecha en que se hicieron las inscripciones de ellas. La regla general es que nadie puede hipotecar lo que no le pertenece; mas las enajenaciones o hipotecaciones hechas por quien no es dueño, se validan, si después el enajenante o hipotecante adquiere lo que fue materia de esas operaciones. En ese sentido se encuentran muchas disposiciones del Código: artículos 752, 2441, 2442, 2444, 2445, 2446, 779, 1867, 1869, 1874 y 1875.

Que la inscripción de una hipoteca es una tradición de derecho real inmueble lo ha reconocido el Tribunal al reproducir los artículos 756 y 2637 del Código Civil, aunque del primero omitió la parte que se refiere especialmente a las hipotecas.

"La sentencia recurrida ha violado, pues, el artículo 752 del Código Civil. Esta violación es por infracción directa:"

Para dar respuesta a estas inculpaciones, la Sala considera lo siguiente:

El principio general del Código Civil es que la hipoteca debe recaer sobre bienes actualmente propios del que constituye la carga; pero tiene excepciones: la hipoteca de bienes futuros en el sentido en que la autoriza el artículo 2444, y la hipoteca del derecho eventual, a que se refiere el artículo 2441.

El sentenciador tomó en forma absoluta el principio de que se trata, o sea sin reconocer las excepciones que lo acompañan.

El mismo día en que Parra le hipotecó los lotes a Uribe D., los había comprado a Darío y Pedro Luis Restrepo, por escritura otorgada en la propia Notaría, antes de otorgarse la hipoteca. Por consiguiente, en el momento de extenderse el instrumento de hipotecación, dicho Parra tenía, respecto de los lotes que gravaba, el derecho eventual de que le hicieran su entrega mediante el registro de la escritura de compraventa. El registro era el evento o acontecimiento que le hacía la tradición del dominio.

En este orden de ideas, es válida la hipoteca constituída a favor del recurrente, porque el evento que le dió realidad al dominio de Parra se operó después. En efecto: Parra, todavía sin registrarse la escritura que le hicieron los Restrepos, vendió los lotes, formando un solo cuerpo, a Rosa Arango de P., por escritura de trece de

mayo de mil novecientos veintinueve, registrada el mismo día; el diez y seis del propio mes, la señora Arango le vendió los lotes a Parra, por escritura registrada el día diez y siete, día en que también se registró la escritura número 3164, otorgada por los Restrepos a Parra. Así pues, el evento que le confirió al ejecutado el dominio de los lotes, se consumó el diez y siete de mayo de mil novecientos veintinueve, y desde entonces, por lo menos, la hipoteca se consolidó en los inmuebles. Al no entenderlo así, el sentenciador violó el artículo 2441 del Código que se viene citando.

La hipoteca constituída a favor del señor Botero R., es posterior a la de Uribe D., porque la escritura respectiva fué registrada el veintiuno de mayo de mil novecientos veintinueve, es decir, cuatro días después de haberse registrado la escritura de venta de los Restrepos a Parra. Empero, como el Tribunal desconoció la hipoteca de Uribe, que es la primera, violó asimismo el artículo 2499, que manda graduar las hipotecas por el orden de sus fechas.

Motivos son éstos suficientes para casar la sentencia recurrida en lo relativo a Rubén Uribe D.

La demanda de casación de la señora Marcelina Arango A., es reproducción literal de la presentada por Uribe D.

Por escritura 350, de ocho de febrero de mil novecientos veintinueve, Angel Parra le hipotecó a la señora Arango este inmueble: un lote de terreno con sus mejoras y dos casas, situado en el paraje de **La Escuadra**, del Municipio de Envigado, y que manifestó haber adquirido por compra a Víctor A. Calle. La escritura de hipoteca se registró el día once del mencionado mes.

Este mismo lote le fue luégo hipotecado a Botero R., y antes del gravamen constituído a favor de la señora Arango había sido hipotecado a Uribe D.

El Tribunal estimó erradamente que el lote de **La Escuadra** lo había adquirido Parra de Darío y Pedro Luis Restrepo, cuando lo cierto es que, como ya se expresó, lo hubo por compra a Víctor A. Calle; y por obra de este error, le fue desconocido al crédito de la recurrente el carácter de hipotecario.

No entra la Sala a examinar una a una las acusaciones de la señora Arango contra la sentencia, pues se repite que son una reiteración de las de Uribe. Le basta manifestar que, en esta parte, el Tribunal violó el artículo 2443 del Código Civil, porque no hay prueba de que Parra no fuera dueño del lote de **La Escuadra** cuando lo hipotecó, y el 2499, al desconocerle a la hipoteca de la Arango el puesto que legalmente le corresponde en la prelación.

Igualmente es forzosa la infirmación del fallo en lo que atañe a este recurrente.

También la demanda de casación del ejecutado es copia de la de Uribe D., y, por tanto, no ha menester un estudio especial.

Para resolver en instancia, se considera:

Las excepciones perentorias aducidas por el ejecutante no están comprobadas, como bien lo manifiestan las sentencias de primera y segunda instancia. Las escrituras en que se fundaron las tercerías no son nulas, ni lo son los contratos de mutuo e hipoteca que en ellas aparecen. No se sabe en qué ha hecho consistir el excepcionante la excepción de orden o excusión, ni las de petición antes de tiempo o de un modo indebido. Tampoco es ilegítima la personería de los demandantes y existen, como se ha demostrado, las obligaciones que ellos reclaman.

En la prelación, componen un crédito privilegiado de primera clase las costas judiciales causadas en interés general de los acreedores; y como en la ejecución no hay más bienes embargados que los hipotecados, éstos deben cargar con el pago de aquel crédito, según el artículo 2500 del Código Civil.

La hipoteca otorgada a favor de Uribe D. sobre el lote de **La Escuadra** fue cancelada por él, según lo expresó en la demanda; de suerte que sólo gravitan allí dos hipotecas: la de doña Marcelina, que es del once de febrero de mil novecientos veintinueve, y la del señor Botero R., que es del veintiuno de mayo del mismo año. Aquélla tiene preferencia sobre ésta, con arreglo al artículo 2499, preferencia que se extiende a sus intereses y costas particulares (artículo 2511).

Sobre los lotes comprados por Parra a los Restrepos, pesan dos hipotecas: la de Uribe D., cuya fecha puede contarse desde el diez y siete de mayo de mil novecientos veintinueve, y la de Botero R., que es del veintiuno del mismo mes. En la escritura de Uribe D. aparecen los lotes mencionados separadamente, y en la de Botero forman ya un solo cuerpo; mas la identidad de las hipotecaciones se comprobó plenamente desde la primera instancia. Prefiere la de Uribe D., con sus intereses y costas particulares, sobre la de Botero, en virtud de las disposiciones legales que acaban de citarse.

Los créditos que, en el orden explicado, no alcanzaren a cubrirse con el valor de los respectivos bienes hipotecados, pasarán por el déficit a la quinta clase, en donde se cubrirán a prorrata con los bienes que llegaren a embargarse (artículo 2510).

La estimación de costas que hizo el Juez en la sentencia, y el Tribunal aprobó, no es materia propia del recurso de casación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia a que se refiere el presente recurso, o sea en lo relativo a los numerales 2º, 3º, 4º y 5º de la parte resolutiva; y en su lugar se resuelve, con inclusión de la parte no casada, lo siguiente:

Primero. Se confirman los numerales 1º, 2º y 6º de la sentencia de primera instancia. (La estimación de costas hecha por el Juez no es materia del recurso de casación).

Segundo. Con el valor del inmueble determinado en el inciso 2º de la cláusula 3ª de la escritura número 2107, de veinte de mayo de mil novecientos veintinueve, de la Notaría 2ª de Medellín (inmueble compuesto por los lotes comprados por el ejecutado a Darío y Pedro Luis Restrepo), se pagarán:

1º El crédito por dos mil doscientos pesos, con sus intereses y costas particulares, constituído a favor de Rubén Uribe D., mediante la escritura número 3170, de diez y siete de diciembre de mil novecietnos veintiséis, de la Notaría 3ª de Medellín; y

2º El crédito de mil ochocientos pesos, con sus intereses y costas particulares, constituído a favor de Francisco Botero R. por la citada escritura número 2107.

Tercero. Con el valor del inmueble a que se refiere el número 1º de la cláusula 3ª de la mencionada escritura número 2107 (inmueble que es el situado en el paraje de **La Escuadra**), se pagarán:

1º El crédito de mil pesos, con sus intereses y costas particulares, que es el saldo del constituído a favor de Marcelina Arango A., por la escritura número 350, de ocho de febrero de mil novecientos veintinueve, de la Notaría 3ª de Medellín; y

2º El indicado crédito de mil ochocientos pesos, con sus intereses y costas particulares, a favor de Francisco Botero R., que aparece en la citada escritura número 2107.

Cuarto. Si todos los anteriores créditos no alcanzaren a cubrirse en el orden expresado con el valor de los respectivos bienes hipotecados, serán cubiertos en el déficit con el valor de los bienes que lleguen a embargarse.

Para la liquidación de los intereses se tendrán en cuenta los abonos que se comprobaren. (La señora Arango sólo los cobra desde el ocho de septiembre de mil novecientos treinta).

Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia.

Sin especial condenación en costas en este recurso.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la **Gaceta Judicial** y remítase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—**Tancredo Nannetti—Manuel Vicente Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Ernesto León Moreno, por medio de apoderado, ante el Juez 2º del Circuito de Ramiriquí demandó a la sucesión de Celestina Jiménez de Escobar, representada por su heredero Julio Enrique Escobar, para que, previos los trámites correspondientes, en juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que se condene a la mencionada sucesión de la señora Celestina Jiménez, representada por su heredero universal, señor Julio Enrique Escobar, a pagar a la sucesión del señor Laureano Moreno o a quienes la representen, seis días después de quedar ejecutoriada la sentencia que se dicte, la suma a que ascienden los arrendamientos en treinta y cuatro años de una faja de tierra perteneciente al nombrado señor Moreno, y que la señora Celestina Jiménez usufructuó indebidamente, arrendamientos que se pagarán según apreciación que se haga por peritos nombrados en forma legal. Los linderos de dichas tierras se expresarán adelante.

"b) Que en subsidio de la anterior declaración, se le condene a la misma sucesión Jiménez a pagar a la sucesión del citado señor Laureano Moreno, el valor de los arrendamientos de la misma faja de tierra, que pertenecía al aludido señor Moreno, y que la señora Celestina Jiménez usufructuó indebidamente en su provecho, correspondientes tales arrendamientos a todo aquel lapso de tiempo que, de acuerdo con la ley, estuviere obligada a pagar, y según también apreciación pericial hecha en forma legal.

"c) Que se le condene a pagar los intereses legales de las cantidades a que ascendieren los expresados arrendamientos.

"d) Que se le condene a pagar las costas que ocasione este juicio, en caso de oponerse a la presente demanda....."

El Juzgado absolvió a la parte demandada, y, apelada esa sentencia por el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja la confirmó por medio de la suya de cuatro de octubre de mil novecientos treinta y tres.

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de casación. Pero, concedido éste por el Tribunal, y llegados los autos a la Corte, el mismo demandante, Ernesto León Moreno, en escrito fechado y presentado en debida forma el siete del mes en curso, declara que ha resuelto desistir de manera terminante y definitiva del recurso interpuesto, y pide a esta Superioridad se sirva declarar sin valor dicho recurso que, en representación suya, interpuso su apoderado.

En tal virtud, y siendo el peticionario Ernesto León Moreno el único recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 461 del Código Judicial, 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, admite el desistimiento que del recurso de casación propuesto en este negocio hace el recurrente Ernesto León Moreno.

Con costas a cargo de éste.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Siguióse un juicio de policía entre Luciano Rivera y su mujer Elisa Palacios, para que se le entregara y quedara bajo el cuidado exclusivo del marido, su hija Flor de María.

Así lo decidió la Policía, pero la madre, no conforme con ese fallo, demandó ante el Poder Judicial a su marido Rivera, para que se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que se declare sin ningún efecto, y por ende se invalide la sentencia de segunda instancia proferida por el señor Prefecto de la Provincia de Bogotá, con fecha veinte de febrero de mil novecientos treinta y uno, en el juicio de policía promovido por Luciano Rivera contra mí ante el Inspector 5º Municipal de Bogotá, para la entrega de la menor Flor de María Rivera Palacios.

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaración anterior se resuelva que la menor Flor de María Rivera Palacios debe permanecer a mi lado, como madre legítima que soy de ella, por quien he velado, atendiendo a su educación y sostenimiento durante toda su vida, y porque mi citado esposo se halla invalidado física y moralmente para atender a la educación y sostenimiento de la menor.

"Tercera. Que en subisidio de los dos puntos anteriores, y por hallarse vigente el depósito de la Curia, se declare que la menor Flor de María debe permanecer en poder de Pablo C. Palacios, como depositario de ella, mientras no se levante dicho depósito por la autoridad competente.

"Cuarta. Que se condene a mi citado esposo al pago de las cuotas del presente juicio, en caso de oposición."

El Juez absolvió al demandado de todas las peticiones de la demanda, y apelada esa sentencia por la madre, el Tribunal de Bogotá la confirmó en todas sus partes.

Recurrió ella en casación, y como el recurso fue admitido, hoy es llegado el momento de fallarlo, por estar terminada la tramitación concerniente al recurso.

Como primera acusación, se tacha el fallo por error de derecho por mala apreciación de la demanda, puesto que no se tuvo en cuenta que el Poder Judicial tiene atribuciones para conocer sobre el fallo del Prefecto, con lo cual violó los artículos 649 del Código de Policía, 113, numeral 14, del extinguido Código Judicial, y 254 y 259 del Código Civil.

Se considera:

Las violaciones de las disposiciones de las ordenanzas departamentales no están sujetas a casación. Este recurso sólo se concede respecto de las sentencias de los Tribunales, basadas en las leyes de la República, y bien se sabe que las ordenanzas departamentales sólo se aplican dentro del territorio del respectivo Departamento.

Ahora: el sentenciador lo que dijo fue que él no podía revisar la sentencia del Prefecto, pero sí podía, por la vía sumaria o especial, conocer del mismo asunto de que había conocido la Policía, cosa que sucede al presente.

Por la vía ordinaria conoció de este asunto y lo falló de acuerdo con las disposiciones del Código Civil. No hay disposición alguna que atribuya al Poder Judicial conocer en grado de apelación o de revisión de los juicios de Policía, seguidos de acuerdo con las ordenanzas departamentales; pero sí hay disposiciones que lo autorizan para conocer de los juicios sobre el estado civil de las personas, y esa atribución fue la que ejercitó el Tribunal, al fallar este litigio de acuerdo con los artículos 254 y 259 del Código Civil.

Violación de los artículos 254 y 259 del Código Civil, por cuanto la inhabilidad de los padres tiene que ser coetánea con la fecha de la demanda, no anterior o posterior, que es cuando el menor puede correr peligro de ser mal atendido o educado.

El sentenciador conceptuó que la demandante era inhábil moralmente para cuidar de su hija, basado en las pruebas del proceso, sin determinar si esa inhabilidad se refería al presente o al pasado, y esto, que es una cuestión de hecho, está sujeta a la apreciación soberana del sentenciador, ya que una conducta depravada del padre o de la madre, anterior al año de la demanda, puede ser un verdadero peligro para la suerte moral del hijo, aunque al presente esa conducta haya cambiado. El Código Civil, en los artículos citados por el recurrente, no circunscribe la mala conducta al momento de la demanda, ya que los malos antecedentes del padre o de la madre pueden influír de manera decisiva en la educación moral del hijo, cuestión ésta sometida al criterio del juzgador. Si esa inhabilidad desaparece, puede el Juez reformar su proveído, pero en el caso presente no estimó el Tribunal que la causa de inhabilidad hubiera desaparecido, y en esa apreciación no se ha incurrido en error de hecho ni de derecho, como se verá.

La carencia de medios de fortuna no la trae la ley como causal para privar a uno de los padres del cuidado y educación de sus hijos.

Se acusa el fallo por cuanto el sentenciador dejó de dar a las declaraciones presentadas por la demandante el valor probatorio que señalan los artículos 668, 693 y 697 del Código Judicial, por lo cual se quebrantaron dichas disposiciones.

Apreció el Tribunal las declaraciones de los testigos presentados por la demandante, pero le dio preferencia a las del demandado, porque versan sobre hechos concretos, y comprueban que la demandante hizo vida marital con persona distinta de su marido.

Adviértase que el sentenciador no desconoció la disposición del artículo 668 del Código Judicial, que preceptúa que para el esclarecimiento de hechos en que es admisible la prueba testimonial, ha de apreciarse ésta cuando los testigos son hábiles. Tomó en cuenta las declaraciones de los testigos del demandado por las razones ya dichas.

Tampoco desconoció lo dispuesto por el artículo 693, ya que apreció los testimonios de los testigos presentados en tiempo y con las formalidades señaladas por la ley, y menos aún desconoció lo preceptuado por el artículo 697, pues le dio valor a las declaraciones de los testigos, que concordaron sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Se acusa igualmente el fallo por error de derecho, al darle el sentenciador valor a las declaraciones presentadas por el demandado, cuando esos testigos no depusieron sobre hechos personales, sino por deducción y de oídas, con lo cual se violaron los artículos 698, 699, 701 y 702 del Código Judicial.

Se observa:

Los testigos cuyas declaraciones aprecia el sentenciador, dicen en sus exposiciones que lo que declaran lo presenciaron (se refieren a la conducta de la demandante), y para demostrar su aserto, basta pasar los ojos por ellas.

No apreció el sentenciador expresamente el certificado a que hace referencia el recurrente, pero esa falta de apreciación en nada puede aprovecharle, ya que de ese certificado aparece que la conducta moral de la demandante ha estado en tela de juicio, y si no fue condenada por los delitos o culpas de que allí se trata, ese certificado sirve para justificar la decisión del sentenciador, de que desconfió de que la demandante fuera apta para educar y dirigir convenientemente a su hija.

La última acusación relativa a violación de los artículos 2237, 2273, 2277, 2278, 2280 y 2281, se refieren al depósito, que es un contrato civil sobre cosas, y al secuestro, que versa sobre cosas muebles y raíces, pero no respecto de personas, tanto más cuanto el depósito de la menor fue ordenado por la Curia, depósito que a juicio del sentenciador, caducó con la caducidad de las diligencias correspondientes al juicio de divorcio eclesiástico, materia ésta de exclusiva competencia de la Curia, que escapa a la casación.

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, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y tres.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Manuel Vicente Jiménez).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Cartago, Carlos Emilio Arango, en su propio nombre, demandó a Manuel José López para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se declare:

"Primera. Que han cesado los efectos legales de la obligación consignada en la escritura pública número 406, de cuatro de agosto de mil novecientos veintiocho, pasada en la Notaría de Ansermanuevo, en lo que mira a la hipoteca inscrita en el registro de este Circuito, con fecha once de septiembre del año de mil novecientos veintiocho, en el Libro 3º, bajo la partida número 266, por haber solucionado la obligación mediante el pago verificado al acreedor.

"Segunda. Que como consecuencia de esta declaración, el señor Manuel José López está en la obligación de proceder dentro del término que la sentencia le señale, a cancelar la hipoteca de que se ha hecho referencia; y en el caso de incumplimiento de parte del demandado, que por el Juzgado se participe al señor Notario ante el cual se otorgó el instrumento, la declaratoria de que debe hacerse la cancelación.

"Tercera. Que en el caso de infracción de la obligación que demando y que decrete la sentencia, el mismo señor López está en el deber de indemnizarme los perjuicios respectivos tasados en la forma legal; y

"Cuarta. Que el demandado señor López debe pagarme las costas de la presente acción, si se empeña en afrontarla."

Fundó su demanda en los artículos 929, 930 y siguientes del Código Judicial anterior; 1541, 1602, 1603, 1618, 1619, 2610, 2611, 2612, 2676 del Código Civil; artículo 2º de la Ley 8ª de 1888, y en estos hechos:

"1. Por escritura pública distinguida con el número cuatrocientos seis (406), de fecha cuatro de agosto de mil novecientos veintiocho, pasada en la Notaría de Ansermanuevo, el señor Manuel José López, de las condiciones civiles ya indicadas, en su propio nombre, me vendió el derecho de dominio que tenía sobre la mitad de una finca agrícola en proindiviso, denominada **La Concha**, ubicada en el paraje de **Cañaveral**, comprensión del Municipio de Ansermanuevo, compuesta de cafetal en producción, platanera, cortes de caña de azúcar, cilindro de hierro con enramada y horno, constante de cinco fondos de metal, pasto artificial y casa de habitación, por los siguientes linderos:

'Del camino que sale de la enramada, se encuentra un mojón de piedra en el filo; siguiendo este filo, de para abajo, lindero con mejoras de Marco Cortinas; éste, hacia el Sur, y de para abajo, hasta encontrar otro mojón; de éste, línea recta, a un árbol blanco, que tiene otro mojón al pie; siguiendo esta recta, a la quebrada que baja de la finca de José Domingo Jaramillo, lindero con predio de Manuel José López; siguiendo ésta, arriba, hasta un amagamiento; siguiendo éste, arriba, lindero con predio de Antonio J. Bedoya, hasta donde se encuentra un cerco parado en estacones de turmo; siguiendo éste, hasta donde se encuentra un alambrado, lindero con Antonio J. Bedoya, ya citado; de aquí, a un mojón de piedra, que se encuentra al pie de un camino; siguiendo en línea recta, de para arriba, a una mata de cabuya; se sigue por la orilla del cafetal, arriba, y sigue en línea recta a la cuchilla; cuchilla abajo, lindero con predio de Florentino Alvarez; éste, por el Occidente, siguiendo la misma cuchilla de para abajo, lindero con Manuel José López y Félix Ospina, hasta un mojón; de éste, para abajo, lindero con el mismo López y Ramón Martínez, hasta llegar a otro mojón de piedra; de aquí, se sigue otra cuchilla, lindero con predio de Alejandro Ramírez C., hasta un mojón de piedra que se encuentra en una arboleda de totumos; siguiendo línea recta por la orilla de un corte de caña de azúcar, hasta donde se encuentra un mojón de piedra; de aquí, en travesía, por el pie del cañaduzal, lindando con predio de José María Cañas, a otro mojón que se encuentra al lado de abajo del camino; siguiendo por el camino, lindero con predio de Marco Cortinas, hasta el mojón de piedra en el filo, punto de partida.'

"2. Este contrato se verificó por la cantidad de dos mil (2,000) arrobas de café, pagaderas en cuotas de a trescientas (300) arrobas anualmente, y que fueron estimadas en la suma de ocho mil pesos ($ 8,000) oro. En el mismo negociado se incluyeron cinco animales destinados al trabajo, así: cuatro bestias caballares y un buey de tamaño grande, todos estos semovientes señalados con el ferrete del señor López, que consiste en las iniciales J. L., enlazadas.

"3. En el otorgamiento del instrumento mencionado en el punto primero, además de la deuda que contraje, hice reconocimiento en favor del vendedor señor López, de la suma de quinientos pesos ($ 500) oro, como crédito que estaba a cargo de mi padre señor Manuel Antonio Arango, por cuya cantidad se estipuló el pago de intereses, a la rata del dos por ciento (2 por 100) mensualmente, durante dos años, fijados como plazo para solucionarla.

"4. Dicho contrato, entre el señor López y yo, quedó perfeccionado por la entrega de los bienes materia de él y por la inscripción del título en el registro de este Circuito, bajo la partida número 1342 del Libro 1º, con fecha once (11) de septiembre de mil novecientos veintiocho, y como el inmueble que compré al señor López lo hipotequé en favor de éste, juntamente con la otra mitad proindiviso en el mismo, adquirida por mí con anterioridad a esa convención, también se practicó el registro o inscripción en la fecha arriba indicada, bajo la partida número 266 del Libro 3º (Véase el certificado expedido por el señor Registrador de instrumentos públicos de este Circuito).

"5. El día trece (13) de noviembre de mil novecientos veintinueve (1929), en el paraje de **Cañaveral**, jurisdicción del Municipio de Ansermanuevo, de este Circuito Judicial, en mi casa de habitación a donde el citado día llegó el señor Manuel José López y teniendo en cuenta algunas propuestas que anteriormente me había formulado en cuanto al pago del crédito, proporcionándome una rebaja, entré a tratar con él sobre el particular, y, al efecto, ajustamos una transacción, que consistió en que yo le pagaría al citado señor López, con dinero, la deuda constante en la escritura de que se ha hablado, dándole la suma de cuatro mil pesos ($ 4,000) oro por las dos mil (2,000) arrobas de café, y setecientos cuarenta pesos ($ 740) valor del capital e intereses liquidados durante el plazo de los dos años aún no cumplidos, por la deuda que estaba a cargo de mi nombrado padre se-

ñor Manuel Antonio Arango, y que yo reconocí en la escritura.

"Como consecuencia de esta operación, y previa promesa de que en tales condiciones se practicaría la cancelación de la hipoteca, personalmente, el citado día trece de noviembre próximo pasado, y en el lugar ya indicado, entregué al tántas veces nombrado señor Manuel José López, la cantidad de cuatro mil setecientos cuarenta pesos ($ 4,740) en dinero, que fue contado, y López recibió.

"Lo que afirmo en el aparte anterior, se hizo en presencia de los señores Antonio José Castañeda, Moisés Salazar, Tulio Agudelo G. y otras personas particulares, también algunos miembros de mi familia.

"Por el dinero que según el convenio entregué al señor López, éste me expidió el recibo que exhibo y que a continuación me permito insertar en la forma textual como está escrito:

'Recibí del señor Carlos Emilio Arango la suma de cuatro mil pesos oro) $ más setecientos cuarenta ($ 4,740), para canselar la hipoteca que contra él tengo estipulada así; cuatro mil pesos oro ($ 4,000;) balor de dos mil arrobas de café (2,000 as); que en culla hipoteca consta; y setecientos cuarenta pesos; ($ 740). Quedando cuvierto así el capital con sus respectivos intereses y quedando en la obligación de canselar dicha hipoteca;

'Cañaveral noviembre 13 de 1929.

'Manuel José López

'Tgo Antonio José Castañeda Tgo Moisés Salazar Tgo Tulio Agudelo G.'

"6. En cumplimiento de la condición consignada en la carta de pago, anteriormente inserta, a cuya categoría se equipara, no obstante las deficiencias de lenguaje que se observan, y aunque para cumplirla no se estipuló plazo, el señor López ha debido proceder a beneficiarme con la cancelación de la hipoteca, cosa que no ha cumplido, y se ha hecho renuente a cumplirlo por las referencias que he tenido, y porque siquiera por liberalidad no me ha dado contestación a la carta que le dirigí en veintiocho (28) de diciembre último, y de la cual presento una copia.

"Y con mayor acopio de razones puedo confirmar la rebeldía del citado señor López, en el sentido de practicar la concelación del crédito en mención, cuando ha llegado a valerse de procedimientos tales, como el de haberme hecho constituir una caución por considerable cuantía ante la Alcaldía de Ansermanuevo, diz que para guardar paz con él, siendo una evidencia que en ningún tiempo he tenido la más mínima intención de causar daño al señor López; pues únicamente lo he reconvenido con la justicia que me asiste, al cumplimiento de la obligación civil, como lo es la cancelación de la hipoteca o crédito a que me he referido, y cuya demora ocasiona notables perjuicios a mis intereses, toda vez que, de ninguna manera, me conviene, que subsista ese gravamen sobre el fundo que me pertenece, después de haber sacrificado un capital muy considerable para mí, que no soy dueño de más fortuna que la que me representa el inmueble, que con asiduos esfuerzo y trabajo he logrado adquirir, y quizá luégo se pretenda arrebatarme con un ruinoso procedimiento, pues no otra cosa puedo presumir ante la repugnancia del señor López para verificar la cancelación a que se obligó."

Admitida la demanda, y corrido el traslado legal, el demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas por el demandante, y en cuanto a los hechos, aceptó unos y negó los demás.

En escrito posterior, el demandado propuso demanda de reconvención, de la que desistió en la segunda instancia, desistimiento que el Tribunal Superior de Buga admitió.

El señor Juez de la primera instancia puso fin a la controversia en estos términos:

"En virtud de la transacción verificada entre los señores Carlos Emilio Arango y Manuel José López, han cesado los efectos de la obligación hipotecaria consignada en la escritura pública número cuatrocientos seis (406), de cuatro de agosto de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría del Municipio de Ansermanuevo. En consecuencia, el expresado señor Manuel José López debe cancelar, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la referida obligación hipotecaria. Si así no lo hiciere, oficiará el Juzgado con tal objeto a quienes corresponda hacer tal cancelación.

"No es el caso de hacer condenación sobre perjuicios, ni en costas."

Por apelación del demandado, subió el asunto al Tribunal Superior de Buga, quien, en sentencia de veintiuno de abril de mil novecientos treinta y tres, revocó la sentencia objeto del recurso, y absolvió al demandado de los cargos de la demanda, con cuyo motivo interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, recurso que fue admitido por llenar las condiciones legales, y que, por tanto, hay que decidir.

El recurrente acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, proveniente ya de error en la apreciación de las pruebas, ya de indebida interpretación de los textos legales, y presenta cuatro motivos, que se resumen y examinan así:

Primer motivo.

El recurrente lo explica en los siguientes fragmentos:

"Antonio José Castañeda, Tulio Agudelo G., Moisés Salazar, Juan de Dios Agudelo y Jesús Antonio Arizmendi, son cinco testigos que, como queda dicho, declararon uniformemente sobre el pago de una deuda que consta por escritura pública; pero este medio de prueba, que especialmente reconocía la ley vigente al tiempo de practicarse las probanzas, ni siquiera fue estudiado en esa forma especial por el Tribunal Superior de Buga en la sentencia acusada.

"Esta omisión llevó al Tribunal a violar, como violó el citado artículo 614 del Código Judicial, disposición sustantiva por ser referente a pruebas; y la cual omisión hizo que el Tribunal desconociera por error de apreciación el pago efectuado por Arango a López, yendo a violar asimismo los artículos 1625 del Código Civil, que consagra la solución o pago efectivo, como uno de los medios de extinguir las obligaciones, y el artículo 2457 ibídem, según el cual:

'La hipoteca se extingue junto con la obligación principal.'"

Observa la Corte:

Es inexacto que el Tribunal no haya estudiado los testimonios en referencia. El estudio de ellos llevó al fallador a desestimarlos en vista de otras pruebas, que

influyeron en su ánimo para tener la certeza de que los testigos, o no presenciaron debidamente los hechos o eran parciales en el relato. La sentencia se funda en que no habiendo sido reconocida la autenticidad del recibo por valor de $ 4,740, la prueba de tal autenticidad y del pago del dinero pesaba sobre el demandante.

Contra los cinco testigos presentados por éste, se adujeron múltiples declaraciones, en cuya virtud el Tribunal estima probado que los testigos citados son sospechosos e inválidos sus testimonios, y tal contraprueba no ha sido desvirtuada por el recurrente, como se verá al estudiar el segundo motivo; de donde se sigue que la apreciación del Tribunal no puede ser infirmada.

Por lo mismo, la sentencia no violó el artículo 614, ni menos los artículos 1625 y 2457 del Código Civil. El cargo es infundado.

Segundo motivo.

En forma propia más bien de un alegato de instancia, combate el recurrente las apreciaciones del Tribunal, referentes a los motivos de sospecha que pesan sobre los cinco testigos citados, para probar que Carlos Emilio Arango le pagó a Manuel José López los $ 4,740, y dice:

"Estudia el Tribunal en su sentencia que los testimonios de Joaquín María Castaño, Rafael A. Mejía y Francisco José Tobón acreditan que Carlos Emilio Arango tomó empeño en hacer saber en las regiones de **Cañaveral, El Aguila y La Guayacana,** que le había pagado a Manuel José López una gruesa suma de dinero.

"No parece esto un hecho extraño, sino todo lo contrario, muy natural, que Arango quisiera comunicar y hacer saber que ya estaba libre de esa obligación. Este hecho no guarda ninguna relación, o mejor dicho, no puede tener cabida para destruir las declaraciones de los testigos presenciales de que se ha hablado.

"Sobre que Arango exhibiera el recibo con las firmas únicas de Moisés Salazar y Antonio José Castañeda, no apareciendo ahí la firma de Tulio Agudelo, debe estudiarse si la apreciación del Tribunal a este respecto se ajusta a los principios de derecho probatorio.

"Los testimonios de Castaño,Mejía y Tobón sobre el particular, están perfectamente aislados, porque no fue en un mismo acto que dicen haber visto el recibo citado; sus testimonios constituyen sobre este punto tres hechos distintos: que Castaño vio el recibo, que Mejía lo vio y que Tobón lo vio; cada testigo por sí solo, aislado de los otros. Esos testimonios en relación con el hecho de haber visto el recibo firmado, son únicos (testigos singulares), es decir, que de cada uno hay un solo testigo que, por tanto, no forma plena prueba (artículo 696 del Código Judicial).

"Sobre esto—continúa el autor del recurso—el Tribunal dice lo siguiente:

'Se dice en relación con estos testimonios, que se refieren a hechos distintos y aislados, 'porque no fue en un mismo acto que dicen haber visto el recibo' en cuestión.'

"Y se concluye que, siendo único, no está plenamente probado el hecho a que se refiere.

"Discrepa el Tribunal de este modo de apreciar las cosas, porque los testigos sí se refieren a un mismo y solo hecho, y es este: que en el recibo sólo aparecían como testigos Moisés Salazar y Antonio José Castañeda, no figurando cuando lo vieron Tulio Agudelo. Lo que sí ocurre es que ese hecho lo vieron aisladamente, y no estando reunidos los testigos, de modo que lo hubiesen percibido en un solo acto. Pero esta circunstancia no invalida el testimonio, porque la percepción de los fenómenos físicos es siempre un acto del individuo, aunque dichos fenómenos ocurran en presencia de una colectividad. Y siendo esto sí (sic), no hay objeto en exigir simultaneidad de la percepción, cuando se trata de hechos persistentes, de modo que varios individuos puedan verlos en épocas y aun en lugares distintos. Y quizá es esta la razón filosófica que tuvo en cuenta el legislador para no requerir tal simultaneidad de percepción, sino pluralidad de ella (artículo 697, Código Judicial).

"Pero es lo cierto que las fases de todo hecho son: modo, tiempo y lugar; los testigos Castaño, Mejía y Tobón no se refieren al mismo tiempo, desde luégo que no vieron el recibo en el mismo instante; respecto del lugar, tampoco se expresa; luego no hay acuerdo de los testigos respecto del tiempo y del lugar en que fue visto por ellos el recibo únicamente con las firmas de Salazar y Castañeda, lo que hace que éste no pueda tenerse como acreditado; aceptar lo contrario, es no darle a la prueba el valor que le corresponde conforme a la ley, y por ende, incurrir en error de derecho evidente, que aparece en los autos."

Trae en seguida el recurrente una cita, y agrega:

"No puede, pues, aceptarse que se descarte a Tulio Agudelo como testigo instrumental del recibo y presencial del pago.

"Cabe seguir estudiando—continúa—la apreciación que el Tribunal hace de las demás pruebas, para llegar a descartar a los demás testigos instrumentales del recibo y presenciales del pago: Antonio José Castañeda, Moisés Salazar, Juan de Dios Agudelo y Jesús Arizmendi. De ese estudio se verá cómo el Tribunal incurrió en error de derecho, consistente en darles a esas pruebas un valor que no tienen, según la ley. Con este sistema de eliminatorias, el Tribunal llega a concluír que ninguno de los testigos instrumentales y presenciales es aceptable, y lo que no es aceptable es esa conclusión del Tribunal; en efecto:

"Antonio José Castañeda.

"Dice el Tribunal que:

'2º Obran también los testimonios de Tomás Emilio Castaño y Crispiniano Mejía, testigos que afirman que cierto día les dijo Antonio José Castañeda que él había firmado como testigo por exigencia de Arango, pero que no había presenciado la entrega del dinero que éste hiciera a López.'

"Luégo el mismo Tribunal deduce que como estos testigos se refieren al dicho de otro, sus testimonios no alcanzan a probar la manifestación puesta en boca de Castañeda; pero que sí fundan una sospecha. A esto debe observarse que las declaraciones sobre palabras no forman jamás prueba sobre los hechos, sino sobre las palabras, siempre que haya uniformidad en los testigos (artículo 669 del Código Judicial), lo que no sucede en el presente caso.

"Dice después el Tribunal que:

"Y la sospecha crece, si se advierte que los testigos Benicio Villa, Julio César Barrera y Ramón Elías Martínez, dan cuenta de que en cierta época Castañeda fue sindicado del delito de fuerza y violencia en la impúber

Deyanira Utima, hija ilegítima de Manuel José López, quien puso empeño en el castigo del reo, lo que determinó cierta enemistad de Castañeda contra López.

Si no está acreditado que Deyanira Utima sea hija ilegítima de Manuel José López, no se ve de dónde pudiera surgir la enemistad entre el mismo López y Castañeda por el delito de fuerza y violencia de que trata esta parte de la sentencia.

"¿De dónde saca el Tribunal sentenciador la enemistad grave entre López y Castañeda, para invalidar el testimonio de éste, para admitir tacha de parcialidad? En manera alguna se ha comprobado enemistad capital; no se han acreditado amenzas a la vida o injurias o calumnias graves, como lo exige perentoriamente el numeral 7º del artículo 669 del Código Judicial, que el Tribunal aplica, trayéndolo de los cabellos.

"La aplicación prudencial del artículo 670 del Código Judicial, para calificar de sospechoso a un testigo, no está al capricho del juzgador, pues esa aplicación sólo puede hacerse cuando a las circunstancias aludidas en el inciso 1º del citado artículo 670, se agregan otras que las agravan; y bien se ve que Antonio José Castañeda no está en ninguna de tales circunstancias del inciso 1º del artículo 670 dicho, luego mal puede ser inhabilitado su testimonio.

"Hay también error de derecho en estas apreciaciones, ya que se ha creído hallar probada enemistad grave entre el testigo Castañeda y el demandado López, dándoles a las pruebas citadas un valor que no tienen, conforme a la ley. Debe concluirse que el testigo Antonio José Castañeda, o mejor dicho, su testimonio, no puede descartarse o eliminarse, quedando en pie esa declaración.

"Moisés Salazar.

"El Tribunal no encuentra suficiente la prueba levantada para acreditar enemistad entre Manuel José López y Moisés Salazar (folio 87 vuelto, del cuaderno principal). Luégo dice el Tribunal que de los testigos que figuran en el recibo 'quedaría como único Moisés Salazar'; pero no como exento de toda sospecha, porque por más que no esté plenamente demostrada la tacha de parcialidad que se le ha opuesto, sus antecedentes no permiten que se le dé entero crédito a su testimonio.'

"Ningún modo más infundado para recusar testimonios; si el testigo no está exceptuado por la ley, su testimonio es atendible plenamente. Esta declaración queda, pues, en pie, ya que al testigo no se le ha probado ninguna tacha legal.

"Juan de Dios Agudelo y Jesús Arizmendi.

"Dice el Tribunal que si no puede afirmarse que estos testigos son perjuros, tampoco se puede sostener que digan la verdad, dado que sus condiciones morales no pueden presentarse como modelos de virtud.....

"No es esto tampoco un análisis jurídico del testimonio de Agudelo y Arizmendi, que permita el menor examen. Si sólo los modelos de virtud pudieran declarar, habría necesidad de trasladarse quizá a los conventos para hallarlos. Para el Tribunal fue esto un modo de analizar rápidamente esas declaraciones que, no tachadas en forma legal, quedan también en pie como las anteriores que se han estudiado.

"Tiénese, pues,—concluye el recurrente—que todos los testigos instrumentales del recibo y presenciales del pago, son testigos hábiles para declarar, y que, por ende, el pago se halla acreditado plenamente en el presente juicio ordinario. Estas indebidas apreciaciones probatorias, han hecho al Tribunal descartar los testigos presenciales del pago e instrumentales del recibo, y lo han llevado al error de no estimar hecho el pago mismo, y de no aplicar, por ende, el artículo 614 del Código Judicial citado al principio, artículo que ha infringido, así como también los artículos 1625 y 2457 del Código Civil, que omitió aplicarlos como consecuencia del pago acreditado."

Observa la Corte:

Como fundamento del fallo, examina el Tribunal la autenticidad del recibo presentado con la demanda, y con tal fin analiza primero el valor de los testimonios de los testigos signatarios y después la autografía de la firma del demandado, según los cotejos, llegando a la convicción de que dicha autenticidad no está acreditada.

En cuanto a los tres testigos signatarios del recibo, afirma el sentenciador que Tulio Agudelo no estampó su firma sino mucho tiempo después de hecho el recibo, por cuanto Joaquín M. Castaño, Rafael A. Mejía y Francisco J. Tobón vieron el documento, y no tenía la firma de Agudelo, apreciación ésta que no puede tacharse de errónea por ser exacto, como lo dice el fallo, que el hecho, siendo persistente, pudo ser percibido por los testigos en tiempos y lugares distintos.

De que otro de los testigos que firman el recibo—Antonio José Castañeda—dijese a Tomás Emilio Castaño y Crispiniano Mejía que no presenció la entrega del dinero hecha por Arango a López, infiere el Tribunal "una sospecha contra la verdadera intervención de este sujeto (Castañeda), en el recibo cuya autenticidad se discute."

Como se ve, el Tribunal no erró en la apreciación del relato que hacen Castaño y Mejía, ya que halla en el suceso un simple motivo de sospecha respecto de la autenticidad del recibo.

Otro elemento que reafirma ese motivo de sospecha, según el Tribunal, fue cierta enemistad que pudo resultar entre el testigo Castañeda y López, por haber violado el primero a una hija ilegítima del segundo, y por haberse empeñado éste en que aquél fuera castigado, según lo relatan Benicio Villa, Julio César Barrera y Ramón Elías Martínez. Ni es tampoco exacto que con los testimonios hubiera dado el fallador por probado el parentesco de López con la Utima. Estimó acreditados otros hechos, como el de la violación y el del denuncio, de los cuales dedujo los motivos de sospecha.

No se ve, pues, cómo pudiera errar el sentenciador al estimar estas declaraciones con valor acrecentativo de la sospecha referente a la autenticidad del recibo, y menos si se atiende a la conexión entre este motivo de sospecha con los demás que estudió el Tribunal.

En cuanto a la apreciación que hizo el fallador de los testimonios de Juan de Dios Agudelo y Jesús Arizmendi, el recurrente la tacha de injurídica, diciendo que si sólo los modelos de virtud pudieran declarar, habría necesidad de trasladarse, quizá, a los conventos para hallarlos.

No se indica en esta última alegación el motivo fundamental que determine error en la apreciación de la prueba, y como la sospecha por las condiciones morales y malos antecedentes de los testigos la infiere el Tribunal de otras pruebas que no han sido motivo de la casación, el cargo es improcedente.

Tercer motivo:

Se acusa el fallo diciendo que el Tribunal dio fuerza de prueba plena a los cotejos de letras a que fue sometido el recibo que presentó el demandante como base del pleito, incurriéndose así en error de derecho y consiguiente violación de los artículos 1625 y 2457 del Código Civil, por cuanto en los cotejos se omitieron formalidades legales de importancia sustancial, a saber:

a) Que el dictamen pericial de primera instancia no se puso en conocimiento de las partes, y no fue aprobado por el Juez.

b) Que en el de segunda instancia no intervino el Magistrado; y

c) Que el documento o recibo materia del cotejo no se rubricó.

Observa la Corte:

El Tribunal entendió debidamente que como la parte demandada no conoció la autenticidad del recibo, incumbía al actor demostrar el pago. Ahora bien: el objeto del cotejo era precisamente acreditar la autenticidad del recibo, la autografía de la firma del demandado; de donde resulta que si tal cotejo no llenó todas las formalidades legales, tampoco pudo establecer la autenticidad de la firma del señor Manuel José López, ni aprovechar a la acción del demandante, por lo cual no puede prosperar el cargo del recurrente.

Además de esto, se observa que el fallador estimó los dictámenes periciales como un especial elemento de información para no reconocer cumplido el pago de la deuda a cargo de Carlos Emilio Arango, y reafirmar los elementos probatorios de que dedujo sospechas de parcialidad respecto de varios testigos, como lo indican los siguientes apartes del fallo:

"Esta sola consideración sería suficiente para fallar el pleito a favor de López, que es el demandado; puesto que negada por éste la autenticidad del recibo, y no pudiendo estimarse por sospechosa la prueba testimonial aducida para demostrarla, se llega a la conclusión de que el demandante no ha probado los hechos de su demanda.

"Pero es que hay otra consideración que está en favor de López: que los dictámenes periciales de la primera y la segunda instancia demuestran que la firma que aparece al pie del recibo exhibido por Arango no ha sido escrita por López."

Finalmente, el dictamen pericial de la segunda instancia fue sustanciado de acuerdo con la ley, y no adolece de vicio sustancial, de manera que si fundándose en esa sola prueba se hubiera apoyado la absolución decretada, no quedaría en pie el cargo de error de derecho, aducido en casación.

Por cuanto el dictamen pericial de segunda instancia recibió, como se dijo, la tramitación legal, no erró el Tribunal al estimarlo como prueba, aunque el de la primera instancia fuera deficiente.

El no haber intervenido el Magistrado en la prueba pericial, no constituye siquiera una irregularidad, ya que la ley no exige tal intervención para la prueba de peritos.

Y la falta de rubricación del documento materia del cotejo, ni era necesaria por haber obrado éste en los autos desde la presentación de la demanda, con mucha anterioridad a la prueba pericial, ni entraña una informalidad que pudiera hacer ineficaces los conceptos periciales.

Cuarto motivo.

Violación de ley sustantiva por interpretación errónea.

Dice el recurrente:

"Hay interpretación errónea de la ley, cuando se falla en sentido diferente del de ella alguna cuestión que no comprende literal, pero sí implícitamente.

"Ya se dijo cómo las disposiciones que establecen un valor en los medios de prueba, no obstante hallarse en el Código de Procedimiento, son de carácter sustantivo. Así lo ha resuelto la Corte (números 2009 y 2013, **Jurisprudencia**, tomo 2º, páginas 511 y 512).

"Ahora: en el cuerpo de esta demanda se han estudiado minuciosamente todas las disposiciones que sobre valor de las probanzas han sido violadas, y como esas disposiciones son sustantivas, es el caso de concluir que ha habido violación de ley sustantiva, por una errónea interpretación de esas mismas disposiciones, violación que ha llevado al Tribunal a violar o infringir, como infringió, los artículos 1625 y 2457 del Código Civil, que ha dejado de aplicar, siendo el caso de hacerlo."

Como el recurrente se refiere al estudio que dice haber hecho en la parte anterior de la demanda sobre todas las disposiciones violadas por la errónea apreciación de las pruebas, no habiendo prosperado la acusación, consecuencialmente no se ha violado, y basta tener en cuenta las respectivas observaciones de la Corte y negar la casación del fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia de fecha veintiuno de abril de mil novecientos treinta y tres, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este juicio.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Manuel Vicente Jiménez. Juan E. Martínez**—El Secretario, **Augusto N. Samper.**

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

(Magistrado ponente, doctor Manuel Vicente Jiménez).

El señor Adolfo Ormaza, hablando en nombre y representación de su esposa la señora Camila Hinestrosa, promovió ante el Juez del Circuito de Pereira, demanda ordinaria contra la señorita Rosa María Hinestrosa, vecina de Pereira, para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que es nulo y de nulidad absoluta por causa de simulación, el contrato consignado en la escritura número doscientos treinta y ocho (238) de primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, otorgada ante el Notario segundo de este Circuito, por la cual la señora Rosalía Londoño viuda de Hinestrosa, da en venta real y enajenación perpetua, a la señorita Rosa María Hinestrosa," la acción y derecho que a cualquier título le corresponda en la sucesión del señor Gilberto Hinestrosa.

"2ª Que por consecuencia de esta declaratoria, todos los bienes en que consista aquella acción y derecho corresponden hoy a la sucesión de la señora Rosalía Londoño viuda de Hinestrosa, por muerte de ésta; y

"3° Que la demandada debe cargar con las costas del juicio si se opusiere."

En apoyo de esta demanda se citaron los artículos 1524, 1740, 1741, 1746, 740; 1849; 1857 del Código Civil y los siguientes hechos:

"1° Que por la escritura número doscientos treinta y ocho, doña Rosalía, que se hallaba enferma, se propuso hacer a su hija Rosa María, heredera de todo lo que le correspondiera en la sucesión de su esposo don Gilberto Hinestrosa, sin pensar en que con ello "irrogaba grave injuria en sus intereses al resto de sus herederos, entre los que figura la esposa del actor.

"2° Que muerta doña Rosalía, poco después la demandada recogió todos los bienes de la sucesión de don Gilberto, que consisten:

"a) En un solar situado en la carrera novena de esta ciudad, 'que se encuentra en poder de terceros,' cuyos linderos especifica;

"b) En la suma de cinco mil setenta y nueve pesos novecientos quince milésimos del crédito a cargo de Jesús Cano.

"3° Que en la referida escritura se fingió un contrato de venta cuando la intención de la presunta vendedora era la de hacer a su hija Rosa María "por donación graciosa e inmotivada," heredera de todos sus bienes.

"4° Que por tal ficción doña Rosalía no llegó a recibir el precio de la pretendida venta, asignado en diez mil pesos oro."

Por haber prosperado una excepción dilatoria opuesta por la demandada, el actor reformó su demanda "en el sentido de pedir que hecha la declaración de nulidad a que se refiere la primitiva demanda, se declare expresamente que por consecuencia de ese reconocimiento todos los bienes en que consista o pueda consistir la acción y derecho objeto del contrato que se estima irrito, corresponden a la sucesión de la señora Rosalía Londoño viuda de Hinestrosa, representada por sus descendientes legítimas las señoras María del Carmen Hinestrosa, esposa de Adolfo Ormaza; doña María Jaramillo, residente ahora en el Exterior, y la misma opositora Rosa María Hinestrosa. Como nuevo hecho fundamental de la demanda, se alegó en la corrección éste:

"Que doña Rosalía, al disponer de sus bienes en beneficio de doña Rosa María, por medio del contrato cuya nulidad persigue, vino a perjudicar el resto de sus herederos, entre los cuales está la esposa de Ormaza, y de allí el interés de éste en el juicio."

La demandada por medio de apoderado contestó la demanda y su corrección, oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas y negando los hechos. Opuso la excepción de carencia de acción.

A la demanda anterior se acumuló la formulada por el apoderado del señor Pedro Hernández, en representación de su esposa la señora María Jaramillo, para que se declare:

"1° Que es nulo de nulidad absoluta por falta de causa o por causa ilícita, el contrato consignado en la escritura número 1238, otorgada ante el Notario 2° de este Circuito el día primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, por medio del cual se dijo que la señora Rosalía Londoño viuda de Hinestrosa, vendía o daba en venta real y enajenación perpetua, a su hija la señorita Rosa María Hinestrosa; la acción y derecho que a cualquier título le correspondía o podía corresponderle en la sucesión de su finado esposo el señor Gilberto Hinestrosa, como cónyuge sobreviviente y como heredera testamentaria....

"2° Que en consecuencia de la declaración pedida, queda rescindido el contrato que se hizo constar en la escritura número 1238, de primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, y que los bienes que se dijo allí vender por la señora Londoño viuda de Hinestrosa, pertenecen a la sucesión de la finada Rosalía Londoño, ya citada, de la cual, sin perjuicio de terceros, son herederos universales: dicha señorita, la señora María del Carmen Hinestrosa de Ormaza y la esposa de mi poderdante Hernández, señora María Mercedes Jaramillo, hijas legítimas de la causante Londoño, que por lo mismo la señorita Rosa María Hinestrosa debe restituír a la mencionada sucesión de Rosalía Londoño, los bienes que haya recibido en virtud del contrato nulo.

"Subsidiariamente y para el caso de que no se hicieran las anteriores, pido:

"a) Que hubo error de hecho y de derecho en el aludido contrato, capaz de viciar el consentimiento de una de las partes;

"b) Que se declare resuelto el referido contrato, resolución que demando por la falta del precio que la compradora no entregó a la vendedora y se niega a entregar a la sucesión de Rosalía Londoño viuda de Hinestrosa; y

"c) Que en consecuencia de cualquiera de las dos declaraciones precedentes, los bienes indicados en la hijuela a favor de la señora Rosalía Londoño viuda de Hinestrosa (que se especifican debidamente), pertenecen a la sucesión de doña Rosalía, 'de quien son coherederos (sic) universales, señora María Mercedes Jaramillo, la señora Rosa María Hinestrosa, demandada, y la señora María del Carmen Hinestrosa de Ormaza"; y que por tanto la demandada 'debe restituír a la sucesión los bienes percibidos por virtud del contrato, rescindido o resuelto, y los frutos naturales y civiles que se pruebe recibió o ha podido recibir, sin derecho de reclamar a la sucesión precio alguno, toda vez que no lo entregó; y

"d) Que la demandada sea sentenciada a pagar las costas de este juicio si entrase a sostenerlo temerariamente."

Sin indicar disposición legal alguna en apoyo de la demanda, el apoderado nombrado relaciona los siguientes hechos que la fundamentan:

"1° Doña Rosalía Londoño casó en primeras nupcias con don Rafael Jaramillo, de cuya unión nació doña María Mercedes Jaramillo, esposa de don Pedro Hernández.

"2° Que falleció don Rafael y su viuda doña Rosalía contrajo segundas nupcias con don Gilberto Hinestrosa.

"3° Que don Giberto murió dejando algunos bienes, los cuales testó a favor de su esposa doña Rosalía.

"4° Que la sucesión de don Gilberto se siguió en el Juzgado 1° de este Circuito, adjudicándole a doña Rosalía, por gananciales y herencia testamentaria, los bienes que relaciona y alindera en la parte petitoria del libelo.

"5° Que el primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, hallándose doña Rosalía próxima a morir, perdidas sus facultades mentales, impedida para expre-

sar su voluntad, se otorgó la escritura número 1238 ante el Notario 2º de este Circuito, en la cual se dijo que la Londoño vendía a su hija Rosa María Hinestrosa, la acción y derecho que le correspondía o podía corresponder en la sucesión de su esposo don Gilberto.

"6º El contrato dicho quedó viciado de nulidad absoluta, por cuanto que la otorgante se hallaba en incapacidad física e intelectual de manifestar su voluntad, libre y deliberadamente, y por cuanto ese contrato no tuvo causa y si la tuvo fue ilícita.

"7º Que en dicho contrato hubo dolo por parte de doña Rosa María Hinestrosa, porque se dice en su escritura que doña Rosalía recibió diez mil pesos oro como precio de lo vendido y tal precio no se pagó 'porque la finalidad del contrato que se quiso formalizar fue la de hacer una donación remuneratoria de servicios, donación que no se perfeccionó por falta de formalidades, y porque se perjudicaban los intereses del Fisco Nacional' y los de los presuntos herederos de la donante.

"8º Que los contratos de los absolutamente incapaces son nulos de nulidad absoluta y deben rescindirse a petición de parte o en interés de la ley.

"9º Que el contrato consignado en la escritura número 1238 citada, es absolutamente nulo por falta de causa o por causa ilícita: lo primero, porque doña Rosalía no tuvo intención de vender, ni de donar, ya que no podía expresar su voluntad; lo segundo, porque se quiso perjudicar intereses de terceros haciendo aparecer una compraventa que no existió.

"10. Que no hubo pago efectivo por parte de la compradora, pues ella no entregó cantidad alguna, ni a la vendedora, ni a la sucesión de ésta, sino que se obligó —como compensación del precio—a suministrarle a la vendedora lo necesario para la subsistencia durante su vida.

"11. Que hubo error de hecho y de derecho en el supramencionado contrato, si fue que existió, porque en el momento de extenderse la escritura, doña Rosalía, quizá por su estado anormal y por influencias de su hija, doña Rosa María, dijo vender bienes de adquisición eventual, siendo así que la partición de los bienes de la sucesión de su finado esposo, estaba verificada, y en el momento del contrato doña Rosalía era dueña de cuerpos ciertos y no de derechos y acciones abstractos, por gananciales o por herencia testamentaria.

"12. Refiere el demandante que no hubo precio.

"13. Que doña Rosa María sostiene ser la dueña de los bienes adjudicados a doña Rosalía en la sucesión de don Gilberto, sabiendo o debiendo saber el vicio del supramencionado contrato consignado en la nombrada escritura número 1238, lo que perjudica los intereses de la sucesión de la finada doña Rosalía, para la cual se demanda."

Por medio de apoderado la demandada contestó la anterior demanda oponiéndose a que se hagan las declaraciones en ella contenidas, y negó, calificándolos en su mayor parte de falsos, los hechos en que se funda.

El Juez falló la litis en estos términos:

"Declárase nulo, de nulidad absoluta, el contrato contenido en la escritura número mil doscientos treinta y ocho (1238), de primero de diciembre de mil novecientos veintiséis (1926), otorgada ante el Notario segundo de este Circuito.

"2º Los derechos cedidos en esa escritura pasarán a formar la sucesión de doña Rosalía Londoño viuda de Hinestrosa. No hay lugar a costas."

El apoderado de la demandada interpuso apelación contra dicho fallo y el Tribunal Superior de Pereira por el suyo, de catorce de mayo de mil novecientos treinta y dos, (con la declaración de que la escritura que cita el fallo del Juez es la otorgada ante el Notario segundo del Circuito de Pereira, el primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, bajo el número mil doscientos treinta y ocho, cuya inscripción o registro manda cancelar), dijo:

"Confírmase la sentencia apelada, de fecha nueve de junio de mil novecientos veintiocho, con la aclaración de que la escritura es la otorgada ante el Notario segundo del Circuito de Pereira, el primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, bajo el número mil doscientos treinta y ocho (1238), cuya inscripción o registro se ordena cancelar.

"Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"Condénase en las costas de la segunda instancia a la parte apelante."

Contra el fallo anterior interpuso recurso de casación la demandada, recurso que la Corte admitió por auto que se halla ejecutoriado y por ello debe decidirse.

Alegó el recurrente la primera causal de casación reconocida en el artículo 520 del nuevo Código Judicial, que regía cuando se interpuso el recurso, y acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, ya directamente, ya a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.

Primer motivo.

Tiene dos partes.

Primera parte: violación de los artículos 213, 346, 347 y 395 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887; 79 de la Ley 153 de 1887, y 15 de la Ley 95 de 1890.

Dice el fallo:

"La nulidad, dicen los artículos 1742 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890, puede alegarse por todo el que tenga interés en ella; y ya tenemos visto que sólo le está prohibido alegarla a quien ha intervenido en ella; de manera que al heredero que representa la persona del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, no puede negársele el ejercicio de aquel derecho, ya que la prohibición del artículo 15 de la Ley 95 citada, no le comprende."

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 —arguye el recurrente—para que una persona pueda pedir la declaración de nulidad absoluta de un acto o contrato, se necesita que esa persona tenga interés en que sea declarada la nulidad; que ese interés ha de existir actualmente, o sea al tiempo de la notificación de la demanda, y que es tal la cuestión averiguable por el juzgador, según fallo de la Corte que cita el autor del recurso.

Que las demandantes señoras Camila Hinestrosa de Ormaza y María Mercedes Jaramillo de Hernández, para demostrar su interés en la declaración de nulidad, invocan en sus respectivas demandas su calidad de he-

rederas de la vendedora Rosalía Londoño de Hinestrosa, a título de hijas legítimas. Que si dichas señoras hubieran demostrado en el juicio su calidad de hijas legítimas de la vendedora, habría quedado por el mismo hecho demostrado el interés exigido por la ley para poder pedir la nulidad, según lo ha reconocido la Corte, diciendo: "es manifiesto el interés que un hijo legítimo tiene en que se declare la nulidad de la venta que su padre difunto había efectuado, pues declarada tal nulidad, los bienes entran en la sucesión y deben repartirse entre los herederos del causante, entre quienes figura el demandante."

"Pero es el caso—continúa el recurrente—que en este juicio las demandantes no comprobaron legalmente su calidad de hijas legítimas de la vendedora. En las demandas (cuaderno principal, folios 9, 25 y 60), se dice que 'la señora Rosalía Londoño fue casada en primeras nupcias con el señor Rafael Jaramillo, de cuya unión nació la señora María Mercedes Jaramillo, esposa hoy del señor Pedro Hernández'; y que la misma señora Rosalía Londoño fue casada en segundas nupcias con el señor Gilberto Hinestrosa y que de ese matrimonio nació la otra demandante, señora Camila Hinestrosa de Ormaza.

"No se trajeron al juicio las partidas del estado civil para demostrar estos dos matrimonios. Tampoco se trajo la certificación en que constara la falta de aquellas partidas en los libros de registro correspondientes. No se hizo uso tampoco de la prueba supletoria para acreditarlos. A falta de la prueba legal del matrimonio, no queda demostrada la calidad de hijas legítimas de la vendedora que invocan las demandantes para establecer el interés exigido por la ley, y el Tribunal incide en evidente error de hecho al dar por acreditada la calidad de hijas legítimas en las demandantes y al reconocerlas acción para pedir la nulidad, sin que hayan demostrado que tienen interés en ella. A consecuencia de ese error, el Tribunal violó los artículos 213, 346, 347 y 395 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887; 79 de la Ley 153 de 1887 y 15 de la Ley 95 de 1890. La violación de estos artículos es también directa, pues ellos definen qué son hijos legítimos y cómo se prueba esa calidad."

"Como el título invocado por las actoras fue su calidad de hijas legítimas de la vendedora—concluye el autor del recurso—no puede la sentencia reconocer en ellas una calidad distinta, aunque se halle comprobada en el expediente. Esta es, por otra parte, la doctrina de la Corte, fundada en principios universales y de nuestro derecho procesal. Ha dicho la Corte:

'Limitada la demanda a una causa especial de pedir, no puede pretenderse, so pretexto de ganar la litis, que han de reconocerse en la sentencia todas las causas de pedir que conducen al fin que persigue el litigio, no formuladas en la acción, y por tanto extrañas al litigio, aunque se hubiesen introducido al debate desde los alegatos de instancia. Tales causas constituyen medios nuevos sobre los cuales no puede recaer la sentencia, sin incurrir en exceso de poderes.'"

Se considera:

No figuran en autos las partidas o actas de los matrimonios de la señora Rosalía Londoño, primero con el señor Rafael Jaramillo y después con el señor Gilberto Hinestrosa; pero el recurrente no analiza los documentos que el Tribunal tuvo en cuenta para reconocer que las demandantes son hijas legítimas de Rosalía Londoño. Sin duda el Tribunal se fundó en los siguientes documentos:

Respecto de la demandante Camila Hinestrosa:

En el acta de matrimonio (folio 1º) entre dicha señora y Adolfo Ormaza; en el acta de nacimiento que figura al folio 20 del cuaderno primero, en que el Párroco de Pereira certifica que en septiembre de mil ochocientos noventa y dos bautizó solemnemente a una niña con el nombre de María del Carmen, como hija legítima de Gilberto Hinestrosa y Rosalía Londoño; en las declaraciones de Adán y Alcides Naranjo, que obran a los folios 117 y 118 vuelta, del mismo cuaderno, quienes afirman que por relaciones de parentesco con la señora Rosalía Londoño, por conocimiento personal y directo y por frecuentar la casa de dicha señora, les consta que la persona que figura en la partida de matrimonio con el nombre de Camila Hinestrosa, partida que obra al folio 1º, es la misma persona que con el nombre de María del Carmen figura en la partida de nacimiento del folio 20, partidas que se mostraron a los declarantes; lo cual saben, además, porque en la casa de dicha señora su familia decía con frecuencia que el nombre verdadero de Camila era el de María del Carmen y caprichosamente se le había antojado llamarse Camila; y aseguran que en el matrimonio del señor Gilberto Hinestrosa con la señora Rosalía Londoño, no hubo otra hija que llevara el nombre de María del Carmen.

Respecto de la señora María Mercedes Jaramillo, el Tribunal tuvo en cuenta: el acta que figura al folio 53 (cuaderno 1º), en que el Cura de la parroquia de Manizales certifica que bautizó a María Mercedes, hija legítima de Rafael Jaramillo y Rosalía Londoño, en septiembre del año de mil ochocientos setenta y seis; el acta de matrimonio celebrado entre Pedro Hernández y María Jaramillo, que obra al folio 55, cuaderno 1º, y las declaraciones de Esteban Valencia y Jesús Ormaza (folios 56 y 57 ibídem), con las cuales se rectifica el error existente en el acta respecto del año en que tuvo lugar dicho matrimonio: 1891 y no 1981, como dice el acta.

Aunque, como se dijo, en los documentos relacionados no figuran las partidas de matrimonio de Rafael Jaramillo con Rosalía Londoño, primero, y el de ésta con Gilberto Hinestrosa, después, el Tribunal estimó que con los demás documentos se había acreditado el carácter de hijas legítimas de las demandantes respecto de Rosalía Londoño. Si, pues, el sentenciador dio a dichas pruebas un alcance probatorio superior al que realmente tienen conforme a la ley, pudo incurrir en error de derecho en la apreciación de esas pruebas, pero no en error de hecho. Y como el recurrente no ataca el fallo por error de derecho, el cargo no prospera.

Segunda parte del motivo.

Dice el autor del recurso:

"Bajo la extraña denominación jurídica de **carencia de acción**, propuso la demandada la excepción perentoria consistente en que las actoras no justificaron su personería para pedir en nombre y para la sucesión de doña Rosalía Londoño la nulidad absoluta del contrato.

"A consecuencia del error evidente que he acusado, el Tribunal dio por demostrado el estado civil de hijas legítimas en las demandantes y declaró no probada la excepción en los siguientes pasajes de la sentencia:

'De manera que Adolfo Ormaza, hablando a nombre de su esposa María del Carmen o Camila Hinestrosa, **hija legítima ésta a su vez de doña Rosalía Londoño**, ha dejado plenamente justificada su personería para pedir en nombre de la heredera y para la sucesión de su causante, en la demanda que se define.'

"En esta conclusión del fallo, el Tribunal violó directamente y por consecuencia del error demostrado antes, los artículos 343 del nuevo Código Judicial y 51 de la Ley 105 de 1890, por cuanto hallándose justificados los hechos que constituyen aquella excepción perentoria, ha debido reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción propuesta."

Observa la Corte:

En la contestación de la demanda propuesta por Adolfo Ormaza, declaró la demandada:

"Por ahora propongo y alego la excepción de carencia de acción."

No se indicaron allí los hechos fundamentales de tal excepción, y por tanto no es admisible que en casación venga a alegarse la falta de personería como sustento de ella, lo cual equivale a un medio nuevo extraño al debate.

Pero aunque así no fuera, el Tribunal, como se ha visto, apoyado en los documentos que se consideraron en la primera parte del cargo, estimó que estaba acreditada la personería de las demandantes en el juicio, apreciación que el recurrente no atacó por error de derecho. De modo que al aducir el autor del recurso como fundamento de la segunda parte del cargo ese mismo error de hecho, sin comprender el error de derecho, deja en pie tal apreciación, y por lo mismo no prospera el cargo.

Tampoco existe la violación directa de las disposiciones que el recurrente cita en todo el cargo, porque el Tribunal no ha declarado lo contrario de lo que ellas establecen.

Segundo motivo.

Violación de los artículos 593 y 737 de la Ley 105 de 1931, o nuevo Código Judicial, y disposiciones semejantes del Código Judicial derogado.

Arguye el recurrente que la demanda del señor Adolfo Ormaza en representación de su esposa Camila o María del Carmen Hinestrosa, se funda en estos hechos:

"La señora Rosalía Londoño se hallaba enferma cuando se celebró el contrato; muerta la vendedora, recogió los bienes la compradora; en la escritura se fingió un contrato de venta; la vendedora no recibió el precio.

"La demanda de Pedro Hernández, como esposo legítimo de la señora María Mercedes Jaramillo, se funda en estos hechos:

"Rosalía Londoño fue casada con Rafael Jaramillo, y de este matrimonio nació María Mercedes Jaramillo; el señor Jaramillo murió y la viuda casó con Gilberto Hinestrosa; Hinestrosa murió y su mortuoria se terminó en el Juzgado 1º del Circuito de Pereira; cuando se hizo el contrato de venta, la vendedora Londoño tenía perdidas sus facultades mentales y estaba impedida para expresar su voluntad o consentimiento; el contrato es nulo por incapacidad física e intelectual de la vendedora y por falta de causa o por causa ilícita; hubo dolo en el contrato porque el precio no se pagó; hubo error de hecho y de derecho en el contrato, porque se vendieron derechos y la vendedora era dueña de cuerpos ciertos; la demandada sostiene que es dueña de los bienes comprados.

"La sentencia se funda en siete indicios que el Tribunal halla demostrados y que enumera bajo las letras **a), b), c), d), e), f) y g).**

"Dice el Tribunal:

"Veamos ahora si la parte actora demostró hechos sustanciales de los cuales pueda deducirse la simulación. Estos hechos sustanciales no son todos los que se demuestren o puedan comprobarse durante el juicio, sino los que sirven de fundamento a la acción, es decir, los que fueron expresamente enunciados en la demanda, y no los otros, por la sencilla razón de que sólo aquéllos son materia del juicio.

"Y después de haber estampado este concepto, ajustado en un todo a las normas jurídicas, el Tribunal olvidó su propia opinión y se dio a buscar indicios no formulados en las demandas y a fundar la sentencia en ellos, olvidando también el principio de que el juzgador no puede salirse en la sentencia de los propios límites de la controversia, límites que quedan precisamente determinados en la demanda y en la defensa, esto es, lo que en todas las épocas del derecho se ha llamado el cuasi-contrato de la **litis contestatio**, que constituye la base de la cual no puede apartarse la sentencia.

"El demandante señala en el libelo las causas en que se funda su pedimento, o sea, los hechos de la demanda. Señaladas esas causas, el demandado no necesita defenderse ni probar en contra de hechos nuevos no alegados en la demanda, aunque se hayan introducido en los términos probatorios o en alegatos de instancia, y al juzgador le está vedado fundar la sentencia en esos mismos hechos nuevos. La demanda y la contestación cierran el círculo de hierro dentro del cual deben moverse las partes en el debate, y el Juez en la sentencia.

"Es esta una de las fases más importantes de cuasicontrato de la litiscontestación, que se encuentra consagrado en los artículos 593 y 737 de la Ley 105 de 1931, y 265, 544 y 932 del Código Judicial, y de manera clarísima—aun para legos en asuntos jurídicos—en la primera de estas disposiciones, que enseña:

"Toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los **hechos conducentes** de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa según la ley..."

Sostiene el recurrente que "el Tribunal incide en evidente error de hecho en la interpretación de las dos demandas acumuladas, pues en ninguno de los hechos de ellas se hace referencia a lo que el Tribunal llama indicios **a), b), c), d), e)**, y viola directamente y a consecuencia de aquel error los artículos que he citado en este cargo. Solamente fueron formulados en la demanda los llamados indicios **f) y g)**, que son los únicos que el sentenciador podía tener en cuenta, los cuales aunque estuvieran demostrados—que no lo están—no forman plena prueba, al tenor de los artículos 590 del Código Civil y 665 de la Ley 105 de 1931, los cuales fueron violados también por la sentencia de manera directa, por no haberlos tenido en cuenta."

Cita en seguida el recurrente varios fallos de la Corte en que ha sentado la doctrina de que no es lícito al juzgador apoyar su decisión en hechos comprobados en los autos pero no alegados en la demanda, y que tampoco

es lícito al juzgador tener como fundamentos de su decisión hechos que el demandante sólo ha venido a enunciar al analizar las probanzas, en el término de prueba. Que sólo puede tener en cuenta los hechos expuestos en la demanda y al proponer las excepciones perentorias.

Se considera:

El Tribunal entendió que la demandante señora Camila o María del Carmen Hinestrosa de Ormaza, pidió la nulidad por causa de simulación del contrato contenido en la escritura número 1238 de primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, Notaría 2ª de Pereira, por cuanto en los hechos de la primera demanda presentada por el esposo de la misma demandante, figura el 4º que el Tribunal en su relación cita con la letra h), en que la demandante nombrada afirma esto:

"Siendo como era fingido el contrato consignado en la escritura a que se ha hecho referencia, la presunta vendedora doña Rosalía Londoño, no llegó a recibir el precio de la pretendida venta por el valor asignado de diez mil pesos oro"; y por cuanto en la demanda de la señora Jaramillo de Hernández, en que también se ejercita con otros la acción de nulidad por simulación del mismo contrato, se invocan como hechos fundamentales de tal demanda los marcados con los números 7, 10 y 12, en que la demandante sostiene que no se pagó el precio de dicha venta, y que el contrato "no tuvo causa, y si la tuvo fue ilícita.' "

Ahora, los indicios de que fue simulado el contrato, que el Tribunal saca y analiza bajo las letras a), b), c), d), e) y f), son los siguientes:

"a) Los vínculos de familia que unían a las contratantes: madre e hija respectivamente, quienes habían vivido siempre bajo un mismo techo; aquélla una anciana de setenta y cinco años; ésta una mujer soltera dedicada exclusivamente al cuidado de la anciana (posiciones de folios 32 y 33), condiciones éstas para deducir el más hondo y filial de los afectos humanos, y por consiguiente la base de mayor fe y confianza de la una para con la otra. Ferrara lo considera indicio muy apreciable en La simulación de los negocios jurídicos, página 400.

"b) La incapacidad económica por parte de la supuesta compradora, quien según su propia confesión (posiciones de folios 32 y 33), y un número plural de testigos muy conocedores de la familia y de ella, nunca tuvo oficio, empleo o profesión de los cuales pudiera haber devengado la apreciable cantidad de diez mil pesos oro. Los Gerentes de los Bancos de esta ciudad afirman que la señorita Rosa María nunca tuvo depósito en esos Bancos. Ella por su parte no trató de contradecir el indicio con prueba apreciable; pues los testigos Juan de la Rosa Duque, Hilario Hinestrosa y Tomás Arenas, no declaran sobre hechos concretos de los cuales se pueda deducir la capacidad pecuniaria de la demandada para verificar compras por la suma expresada: hablan de que ella le manejó sumas de dinero considerables a su señor padre y que era muy económica. Las economías en dineros ajenos deben ser para su dueño. Aseguran también que el señor Hinestrosa le hacía regalos de joyas y de dinero; pero no determinan un solo hecho concreto de esta naturaleza ni su valor.

"c) La estipulación contractual de que la compradora quedaba obligada a suministrale a la vendedora 'todo lo necesario para su subsistencia y habitación durante la vida de ésta,' obligación bien escasa e ilógica en compraventas al contado, cuando se paga su justo precio, e incomprensible que la imponga quien está seguro de recibir una gruesa suma al contado.

"d) La confesión lisa y llana de la demandada al contestar el postulado segundo de las posiciones que le formularon con fecha veintiuno de octubre de mil novecientos veintisiete, de ser cierto que su intención al firmar la escritura mencionada fue la de hacerse dueña de los bienes que le correspondieron a su señora madre en la sucesión del finado don Gilberto "... no con el propósito de perjudicar a los herederos... sino con el de poseer bienes que le permitieran hacerse a fondos para subvenir a la subsistencia de su señora madre." Tal intención demuestra de manera evidente que ni en poder de la supuesta compradora ni en el de la supuesta vendedora, podía existir la cantidad de diez mil pesos oro en dinero, porque no se compadece con la lógica la intención de obtener bienes de índole distinta al dinero para procurarse dinero, teniendo una fuerte suma de dinero disponible.

"e) Falta de motivo razonable que pudiera inducir a doña Rosalía a llevar a cabo la venta de la totalidad de sus bienes, en su propio interés; porque no se ve el motivo para que una anciana enferma y en la postrimería de su vida, quisiese reducir a dinero todos sus bienes entre los cuales figura una acreencia de más de cinco mil pesos, con la cual indudablemente le habría sido más fácil obtener dinero si lo hubiese deseado.

"f) Falta de demostración del ingreso del precio de la venta al patrimonio de la enajenante; porque ocurriendo la negociación el primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, día en el cual aparece recibiendo diez mil pesos oro en dinero, y muriendo el cinco de febrero siguiente, es decir, dos meses después de recibida tal cantidad, ésta no aparece por parte alguna, como si se hubiese eterizado. Y debe tenerse en cuenta que la demandada, que vivía con doña Rosalía, le prestaba su asistencia y cuidados y se había obligado a mantenerla, declaró en posiciones rendidas siete días después de la muerte de doña Rosalía, refiriéndose al dinero—precio de la compraventa,—que no supo qué haría ésta con el dinero que le entregó (folio 5), cosa que repite al contestar en treinta y uno de octubre de mil novecientos veintisiete el postulado 14º de las posiciones que se le formularon en pliego de veintiuno del mismo mes, diciendo: "... le pagué a mi madre los diez mil pesos y no sé en qué los gastaría.'

"g) El haber hecho figurar en la escritura número 1238, no los bienes que ya estaban distribuídos por medio de la partición, aun cuando ésta no se hubiese aprobado, sino 'la acción y derecho que a cualquier título le corresponda o pueda corresponderle en la sucesión de su finado esposo don Gilberto Hinestrosa, cuya causa mortuoria se adelanta en el Juzgado primero de este Circuito, advirtiendo que en los derechos que enajena nada se reserva y que comprenden lo siguiente: su porción por concepto de gananciales; su porción por herencia, según el testamento del finado, y de todo aquello a que pueda tener derecho como acreedora de la misma sucesión.' Pues debe tenerse en cuenta que el primero de diciembre decía el Juez a cuyo conocimiento estaba la sucesión:

'Verificado por el señor partidor de los bienes de la sucesión del señor Gilberto Hinestrosa el trabajo que le correspondía, y devueltos los autos a este despacho, los

partícipes, anticipándose a la actuación legal, han manifestado su conformidad con la distribución hecha y renuncian el traslado correspondiente para que se le dé la aprobación a este trabajo. Y por cuanto que dicha solicitud está hecha en forma legal y por todos los interesados, no habiendo por consiguiente a quien correr traslado, el Juzgado..., aprueba la referida partición.'

"Y que el conocimiento de la partición era personalísimo en la demandada el primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, se deduce de la contestación categórica, afirmativa, dada al postulado 4º de las posiciones de veintiuno de octubre de mil novecientos veintisiete, que dice:

'Diga la absolvente cómo es cierto, sí o nó, cuando usted concurrió a la firma de la escritura número mil doscientos treinta y ocho aludida, **sabía usted que la partición de los bienes de la sucesión de don Gilberto Hinestrosa ya estaba verificada y sabía que a la señora Londoño le había correspondido como gananciales y herencia....**' (el solar de la carrera 9ª, las dos terceras partes de la casa de la calle 22, y $ 5,069-91½ centavos del crédito contra Jesús Cano).

"Indica lo expuesto bajo este ordinal—continúa el Tribunal,—que las otorgantes de la escritura número 1238, dieron a la forma del contrato una apariencia distinta de la que la realidad en sus propias intenciones—a ser sinceras y reales—hubiera tenido, cuando en tal instrumento aparece una cesión de acciones y derechos, a título de venta, en una sucesión ilíquida, y ese día había sido pedida por las mismas partes la aprobación de la partición de los bienes, verificada, ya. De todos los hechos y circunstancias estudiados, deduce el Tribunal que el contrato contenido en la escritura número 1238 de primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, otorgada ante el Notario segundo del Circuito de Pereira, fue **una simulación de venta hecha entre madre e hija**, y con la cual, a no dudarlo, se menoscabaron las legítimas rigorosas de los descendientes de la vendedora, quienes como herederos a título universal, si es verdad que están obligados a respetar las estipulaciones, actos y contratos de su causante, también es cierto que cuando éste por medio de un contrato, ha defraudado sus legítimas, toman entonces la posición de terceros con relación a ese contrato, y en el carácter de acreedores, digamos así, de su causante; y en su propio interés les es dable ejercer la acción de nulidad del contrato fraudulento, en conformidad con el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, porque la nulidad absoluta, 'puede alegarse por todo el que tenga interés en ello.'"

Estima, pues, la Corte que si el Tribunal para decretar la simulación demandada, tuvo en cuenta que en algunos de los hechos alegados en las dos demandas se dijo que el contrato en litis carecía de causa por no haberse pagado el precio de la venta, y que varios de los indicios de esa simulación tienen relación directa con ella, no interpretó erróneamente las demandas y por consiguiente no pudo violar por error de hecho, y menos evidente, los artículos 593 y 737 de la Ley 105 de 1931, que derogaron los otros del Código Judicial anterior que cita el recurrente.

Ahora, las demandantes no estaban obligadas a formular en su demanda los indicios de la simulación sino sus fundamentos, pues una cosa son éstos y otra la prueba de aquélla. Por otra parte, si los cinco primeros indicios de la simulación hallados por el sentenciador y que se dejan transcritos, tienen relación íntima con aquélla, como en realidad la tienen, y que el recurrente se abstuvo de mostrar que no están acreditados, ellos sostienen el fallo. Varias son las sentencias en que la Corte ha sostenido que la relación más o menos estrecha que un hecho indicio tenga con el punto en discusión, es cuestión de apreciación del sentenciador en la cual es soberano. En sentencia de tres de marzo de mil novecientos veintitrés (Jurisprudencia de la Corte, tomo XXX, página 42, 3ª), dijo la Corte:

"El sentenciador goza de amplia libertad para la apreciación de indicios, y sólo cuando se le convenza de un error evidente de hecho o de derecho, en la estimación de los hechos constitutivos de los indicios, es justificable la acusación del fallo."

Y en sentencia de casación de diez de octubre de mil novecientos veintitrés, tomo y página ya citados, dijo también la Corte que "el recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios en que se apoyó el Tribunal sentenciador, pero no criticando la apreciación que de ellos ha hecho el Tribunal para hacer ver que no tienen la fuerza que el juzgador les asignó."

Como el recurrente se remite al cargo siguiente para decir que no están acreditados los indicios f) y g) de que habla el cargo que se considera y con esa falta de demostración se violaron los artículos 590 y 665 del Código Judicial vigente, en ese cargo que se pasa a considerar se estudiará el punto.

Motivo tercero.

Violación de los artículos 1757, 1759 y 1928 del Código Civil; 542 y 543 del antiguo Código Judicial, y 593 de la Ley 105 de 1931.

"El indicio f), consiste, según el Tribunal—anota el recurrente—en la falta de demostración del ingreso del precio de la venta al patrimonio de la enajenante'; porque ocurriendo la negociación el primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, día en el cual aparece recibiendo diez mil pesos oro en dinero, y muriendo el cinco de febrero siguiente, es decir, dos meses después de recibida tal cantidad, ésta no aparece por parte alguna como si se hubiese eterizado. Y debe tenerse en cuenta que la demandada, que vivía con doña Rosalía, le prestaba su asistencia y cuidados y se había obligado a mantenerla, declaró en posiciones rendidas siete días después de la muerte de doña Rosalía, refiriéndose al dinero —precio de la compraventa—que no supo qué haría ésta con el dinero que le entregó, cosa que repite al contestar en treinta y uno de octubre de mil novecientos veintisiete el postulado 14º de las posiciones que se le formularon en pliego de veintiuno del mismo mes, diciendo: '...le pagué a mi madre los diez mil pesos y no sé en qué los gastaría.'"

Arguye el recurrente que en primer término el Tribunal violó directamente por no haberlas tenido en cuenta, siendo como son aplicables al caso, las disposiciones citadas al principio del cargo, en cuanto echó al demandado la carga de la prueba de este hecho y por haber desconocido el valor de plena prueba que tiene contra los otorgantes y contra aquellos a quienes se hayan transferido sus derechos, lo estipulado en la escritura número 1238, de primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, Notaría 2ª de Pereira, especialmente en su cláusula 3ª, en la cual la vendedora confiesa tener recibido el precio.

"No vale argüir—continúa el autor del recurso—que por tratarse de una negativa, correspondía probar al demandado, pues el **statu quo** de las cosas se halla determinado por lo estipulado en la cláusula 3ª de la citada escritura 1238, documento auténtico que hace plena prueba. Sobre el punto se hallan contrapuestas dos negaciones: la de la parte demandante y la de la demandada, y sería romper la igualdad de las partes en el juicio y el equilibrio de la justicia, si con el simple dicho de los demandantes quedara probada su negativa y destruído el valor probatorio de una escritura pública."

Cita en seguida el recurrente la doctrina de la Corte de que el que pretende modificar el **statu quo** de las cosas, el que alega un hecho nuevo contrario a la posición adquirida por su adversario, es el que debe dar la prueba del hecho en que funda su petición, y también la opinión de los expositores Bonnier, Gallinal y Bartolo.

"Pero hay más—dice el recurrente.—Mi poderdante no tiene porqué rendir cuentas a las actoras de la suma de diez mil pesos que pagó a la vendedora por los derechos objeto del contrato. Ella no fue mandataria de la vendedora señora Rosalía Londoño, ni se ha acreditado ninguna otra relación jurídica en que como administradora de bienes ajenos estuviera obligada a rendir cuentas de su gestión. Ella no tiene más obligación, por la naturaleza del contrato celebrado, que la de pagar el precio, obligación cumplida estrictamente tal como lo dice la cláusula 3ª de la escritura. El artículo 1928 del Código Civil señala la principal obligación del comprador, disposición ésta que fue también violada directamente por el Tribunal, en cuanto por el fallo se impone a la compradora una obligación que no le impone la ley."

Se considera:

En primer lugar el Tribunal deduce el indicio f) de las pruebas que allí cita y que obran en autos, sin que el recurrente las haya desvirtuado con otras, y en cuanto a la relación más o ménos estrecha del hecho indicio con el punto de la simulación, ya se dijo que ello es obra del criterio del sentenciador, que escapa a la casación. Por ese aspecto no hay, pues, violación de los artículos 590 y 665 del Código Judicial, citados en el cargo anterior.

Ahora, en cuanto que el Tribunal hubiera violado los artículos 1757, 1759 y 1928 del Código Civil, porque echara el cargo de la prueba del pago del precio de la venta al comprador, no obstante lo que dice la cláusula 3ª del contrato, tampoco es fundado el cargo, porque el Tribunal no desconoce que la escritura en su cláusula 3ª haga fe en cuanto al pago del precio de la compraventa, ni que bastara la negativa de las demandantes para dar por no pagado ese precio, sino que contra tal declaración de la escritura existe el indicio que saca de las circunstancias analizadas por el sentenciador, junto con los demás indicios, de no ser cierto lo que sobre pago del precio de la compraventa relata la cláusula tercera de la escritura.

"El indicio g) consiste—anota el recurrente—en haber hecho figurar en la escritura número 1238, no los bienes que ya estaban distribuídos por medio de la partición, aun cuando ésta no se hubiese aprobado, sino la acción y derecho en la sucesión de Gilberto Hinestrosa...."

"No veo yo—arguye—qué relación natural o lógica puede haber entre esto que el Tribunal llama indicio y el hecho que se trata de averiguar. Pero no es esa mi crítica. Olvidó el Tribunal que existen en el Código Civil los artículos 757, 759, 2652, numeral 6º, y 2673. Según estas disposiciones, el heredero no puede vender como cuerpo cierto un inmueble de la sucesión mientras no se registren el decreto de posesión efectiva de la herencia y los títulos que confieren el dominio, y que los títulos traslaticios no dan la propiedad mientras no se hayan registrado. Y según los artículos 2652 y 2673 del Código Civil, están sujetas al registro e inscripción las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles, las cuales no hacen fe mientras no hayan sido inscritas en la oficina respectiva.

"La sentencia aprobatoria de la partición—continúa el recurrente—lleva fecha tres de diciembre de mil novecientos veintiséis, y el registro se hizo el seis del mismo mes. Mal podía la señora Rosalía Londoño vender cuerpos ciertos el primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, si hasta esa fecha no había sido aprobada la partición, ni estaba registrada. El día de la venta, la vendedora no era dueña de cuerpos ciertos sino de derechos. La doctrina de la Corte al respecto es como sigue:

"Según los principios de nuestro Derecho Civil, la propiedad inmueble, salvo el caso de la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio, no pasa de muerto a vivo, o de vivo a vivo, sino por el registro del respectivo título." (Tomo II, número 2126).

Al dar por legalmente acreditado este indicio, el Tribunal violó directamente los artículos 757, 759, 2652 y 2673 del Código Civil, pues si los hubiera tenido en cuenta hubiera sentenciado que el día de la venta la vendedora no podía hacer otra cosa que vender los derechos que vendió. Dichos artículos fueron también infringidos por la sentencia por error de derecho en la apreciación de la partición de los bienes en la sucesión de Gilberto Hinestrosa, al pretender que ésta produjera efectos traslaticios del dominio de los bienes partidos antes de haber sido aprobada ni registrada.

Se considera:

El Tribunal aduce el indicio g) del conocimiento comprobado que tenía la compradora Rosa María Hinestrosa de que el día primero de diciembre de mil novecientos veintiséis, en que se firmó el contrato de venta de la acción y derecho, ya había sido aprobada la partición de los bienes de Gilberto Hinestrosa, aunque no había sido registrada—dice el Tribunal.—Pero no ha sostenido que la partición hubiera producido ya todos sus efectos jurídicos. Trata sólo del hecho para completar el concepto de que la escritura de venta fue simulada, de donde concluye la Corte que el fallador no incidió en el error evidente, y que debe rechazarse el cargo, máxime si se tiene en cuenta que subsisten los demás indicios como fundamentos de la sentencia de segundo grado.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar el fallo materia del presente recurso, y condena en las costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ — **Tancredo Nannetti—Manuel Vicente Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En escrito fechado el quince de abril de mil novecientos treinta y uno, los señores Ana Lucía, Hildorfo Antonio, Pedro Nel y María Dolinda Rodríguez Gordillo y María Luisa Gordillo viuda de Rodríguez, presentaron ante el Juez primero del Circuito de Roldanillo la demanda de partición de los bienes de la sucesión del finado Pedro Pablo Rodríguez.

Verificado por el partidor el trabajo de partición, y ordenado el traslado legal a cada uno de los partícipes, el Juez de la causa, en sentencia de veinticinco de julio de mil novecientos treinta y uno, "aprueba la cuenta de partición y adjudicación de los bienes pertenecientes a la sucesión testamentaria del finado señor Pedro Pablo Rodríguez, y en consecuencia dispone:

"1° Que se protocolice el juicio en la Oficina de Notaría del Circuito de La Unión.

"2° Que se expida a cada uno de los partícipes o herederos copia autorizada de su respectiva hijuela de adjudicación; y

"3° Que se entregue a cada uno de éstos la parte de los bienes de la sucesión que le haya correspondido."

El apoderado de la señora María Luisa Gordillo viuda de Rodríguez, apeló de esta sentencia, y como el Juez le negara el recurso, recurrió de hecho ante el Superior, quien le concedió en el efecto suspensivo la apelación interpuesta.

En sentencia de fecha veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y tres, el Tribunal Superior de Buga confirmó la sentencia recurrida.

La misma señora María Luisa Gordillo viuda de Rodríguez interpuso casación. El Tribunal concedió el recurso y la Corte lo declaró admisible por auto de fecha cuatro de agosto de mil novecientos treinta y tres.

El recurso se apoya en las causales primera y sexta del artículo 520 del Código Judicial.

"Así las cosas—dice el recurrente—como el recurso contra la sentencia aprobatoria de la partición fue interpuesto por el doctor Borja M. el día treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y uno, y el dicho recurso se concedió en virtud de la ocurrencia de hecho, debe considerarse interpuesto en la fecha en que lo fue y no en otra. Y como el treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y uno, día en que fue interpuesto el recurso, regía el Código Judicial derogado, de conformidad con el artículo 1228 del Código Judicial actual (Ley 105 de 1931), el recurso debió regirse por el Código Judicial derogado, que imperaba cuando se interpuso el recurso en la fecha dicha, como lo manda el citado artículo 1228 del Código Judicial actual, que dice:

"No lo entendió así el Tribunal sentenciador, incurriendo en un error de derecho, por el cual acuso el fallo. Como consecuencia de ese error violó directamente el artículo 1228 del Código Judicial vigente, que tiene carácter sustantivo; el 40 de la Ley 153 de 1887, en su segundo miembro, que dispone que "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación"; y el 907 en relación con el 891 del Código Judicial, derogado, que regía cuando se interpuso el recurso."

Se considera:

"No obstante lo anterior—expresa el Tribunal—se hace el reparo de que los traslados de la cuenta de partición no fueron corridos legalmente, puesto que habiendo ordenado el señor Juez en auto de veinticinco de junio de mil novecientos treinta y uno que se hicieran por el término de seis días a cada uno de los consignatarios o partícipes, el Secretario no cumplió con tal disposición.

"Tan grave defecto en la tramitación no puede corregirse hoy, porque no existe disposición en la nueva ley que permita hacerlo, como ocurría en la vigencia del artículo 29 de la Ley 169 de 1896, pues esta disposición permitía revocar una providencia definitiva para enmendar el yerro cuando se había omitido una formalidad indispensable para fallar."

Con arreglo al artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, que empezó a regir el primero de enero de 1932, "las disposiciones de este Código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir; pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente."

Como el recurso de apelación contra la sentencia aprobatoria de la partición se interpuso el treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y uno, es obvio que el Tribunal ha debido aplicar el antiguo Código Judicial, que era el que regía cuando se apeló de la sentencia.

Es manifiesta la violación de los artículos 1228 del Código Judicial y 40 de la Ley 153 de 1887. Acerca de la disposición primeramente citada, dijo la Comisión redactora del Código lo siguiente:

"Declara exactamente la misma doctrina del 40 de la Ley 153 de 1887, pero empleando una terminología más jurídica."

Como el artículo 40 es sustantivo, la Sala de Casación lo ha aplicado en un sinnúmero de fallos.

La sentencia, por ende, debe ser infirmada.

Procede la Corte a dictar sentencia de instancia, previa advertencia de que la funda, entre otras razones, en las aducidas en casación.

En el juicio de sucesión del finado Pedro Pablo Rodríguez son varios los interesados. Verificada la partición de los bienes hereditarios, el Juez de la causa dictó el siguiente auto:

"De la anterior cuenta de partición y adjudicación de los bienes de la sucesión testamentaria del extinto señor Pedro Pablo Rodríguez, córrase traslado a cada uno de los coasignatarios o partícipes, para que dentro del término de seis días manifiesten si pasan o nó por la partición hecha."

Notificado el auto transcrito, era deber del Secretario dar traslado por seis días a cada uno de los interesados, es decir, a la viuda y a los curadores de los menores, cosa que no hizo, pues transcurridos seis días, el juicio entró al despacho con el informe de que no se había hecho objeción alguna a la partición.

El mismo día que el expediente pasó a la oficina del Juez, éste dictó sentencia aprobatoria de la partición, la cual se notificó, no como sentencia definitiva, sino como auto.

El legislador ordena dar traslado de la partición con el objeto primordial de que los copartícipes hagan valer sus derechos, cuando ella no se ajusta a la ley o al testamento. Al no conferirse el traslado ordenado por el Juez, hubo desconocimiento o menoscabo de los derechos de los interesados.

El artículo aplicable al caso del pleito es el 29 de la Ley 169 de 1896, según el cual "lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 72 de 1890, no tendrá aplicación cuando el inferior haya pretermitido una formalidad indispensable para fallar, pues en este caso el Superior se limitará a revocar la providencia apelada para el sólo efecto de que se cumpla la formalidad pretermitida."

La sentencia aprobatoria de una partición es definitiva y se notificaba, de acuerdo con el antiguo Código Judicial, personalmente o por edicto después de transcurridos treinta días de su pronunciamiento. El edicto debía permanecer fijado por cinco días. Conforme consta en autos, la sentencia de la partición de los bienes hereditarios del extinto Pedro Pablo Rodríguez, dictada el veinticinco de julio de mil novecientos treinta y uno, no se notificó personalmente sino por edicto que se fijó por el término de veinticuatro horas, tres días después de que se profirió el fallo (artículo 35 de la Ley 105 de 1890).

Es menester revocar la sentencia de primera instancia con el fin de que se den los traslados ordenados por el Juez de la causa y para que se notifique legalmente la nueva sentencia aprobatoria de la partición en referencia (artículo 309 del Código Judicial).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **infirma** la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Buga el veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y tres, y en su lugar decide:

1º Revócase la sentencia de primera instancia aprobatoria de la partición de los bienes de la sucesión del finado Pedro Pablo Rodríguez, dictada por el Juez de la causa el veinticinco de julio de mil novecientos treinta y uno.

2º Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Los artículos 1228 del actual Código Judicial y el 40 de la Ley 153 de 1887, son disposiciones adjetivas que rigen la sustanciación y ritualidad de los juicios y sus respectivas incidencias; ellos se refieren a la manera como deben tramitarse, pero no dicen relación a los derechos discutidos en la litis.

Dice el fallo que el artículo 40 de la Ley 153, idéntico en esencia al 1228 del actual Código Judicial, es disposición sustantiva y que la Sala de Casación así lo ha aplicado.

No cita la Corte las sentencias de casación en que se haya considerado ese artículo como disposición sustantiva, y que hubiera servido de fundamento para casar un fallo, citación que considero obligatoria para la Sala, ya para ilustración del Magistrado disidente o de las partes, ora para respaldar las aseveraciones allí consignadas.

El Magistrado disidente ha pasado los ojos cuidadosamente por los tres tomos de la Jurisprudencia de la Corte, y por ello asegura que la violación de ese artículo (el 40 de la Ley 153), no ha servido de base para infirmar ningún fallo en casación. Lo ha aplicado la Corte únicamente para decidir qué ley es aplicable, por razón de la cuantía, para la admisibilidad del recurso, cuestión ésta de tramitación. (Casaciones: 8 de marzo de 1922. Tomo XXIX; 15 de septiembre de 1924, tomo XXXI; 15 de febrero de 1922, tomo XXIX; 3 de julio de 1924, tomo XXXI, entre otras).

En casación no se pueden enmendar las irregularidades en que incurra un Juez o Tribunal en la secuela de los juicios, como pretende hacerlo hoy la Corte, al declarar que el recurso de apelación de la sentencia del Juez se rige por el extinguido Código Judicial.

Pero admitiendo ese supuesto, habría que demostrar que el Tribunal al tramitar el recurso, no aplicó el Código Judicial, y esa demostración no se ha dado.

Voy a citar algunos conceptos de la Sala de Casación para demostrar que el artículo 29 de la Ley 169 de 1896, aplicado al presente, no tiene cabida en la casación.

En sentencia de fecha primero de diciembre de mil novecientos catorce, **Gaceta Judicial** números 1237 y 1238, página 269, se lee:

"El no haberse mencionado al cesionario en la demanda de partición, violando así lo dispuesto en el Código Judicial; el no haberse notificado en debida forma, a juicio del recurrente, los autos que ordenaron el traslado de la demanda y de la cuenta de partición, y el haberse nombrado de oficio partidor, son vicios de procedimiento enteramente ajenos para la Sala, cuya omisión, cuando se trata de violación de ley sustantiva, se reduce al examen de la sentencia, en relación con tal disposición, y caso de haberse violado, dictar sentencia en que se establezca el imperio de esa disposición, todo sobre la base de la actuación formada, actuación que la Sala no puede invalidar.

"Para corregir las irregularidades de procedimiento que se cometan en la secuela de los juicios, las leyes otorgan remedios adecuados, distintos del de casación; uno de ellos, la nulidad, que generalmente puede alegarse en el mismo juicio, o en otro distinto, en ciertos casos. Oneroso y dilatado puede ser este remedio, cuyo empleo es muchas veces efecto de la ignorancia o incuria de las partes. Las leyes podrían estatuír remedio menos dispendioso y más breve; pero es lo cierto que mientras ello no suceda, tiene que respetarse la ley actual."

En sentencia de diez y nueve de abril de mil novecientos veintidós, tomo XXIX, página 139, se dijo:

"La disposición del artículo 29 de la Ley 169 de 1896 no es aplicable en el recurso extraordinario de casación, el cual no constituye instancia."

Por otra parte, es completamente anómalo en casación el procedimiento empleado hoy por la Sala.

Según las disposiciones que regulan hoy la casación, sólo en los casos contemplados en los numerales 4º a 7º del artículo 520 del Código Judicial, la Corte puede devolver los autos para que el mismo Tribunal u otro distinto dicte nuevo fallo. Ahora se devuelven los autos, sin que la casación hubiera tenido lugar por una de las

causales que permiten devolver el expediente, y se ordena que el Juez vuelva a fallar, cosa que no ordena la ley de casación.

No está por demás hacer notar que el sentenciador no fundó su fallo en ninguna de las disposiciones que cree la Corte que se infringieron. Hizo notar las irregularidades en que se incurrió en la secuela del juicio, sin que eso fuera base de la sentencia.

Oígasele:

"Analizada la sentencia materia del recurso en la forma restringida de que se ha hablado en el párrafo anterior, se anota que ella cumple estrictamente con lo exigido por la ley, puesto que su texto está claro y su forma ceñida a las disposiciones legales. Por este, que es el aspecto que toca estudiar a esta Superioridad, el fallo debe confirmarse.

"No obstante lo anterior, se hace el reparo de que los traslados de la cuenta de partición no fueron corregidos legalmente, puesto que, habiendo ordenado el señor Juez en auto de veinticinco de junio de mil novecientos treinta y uno que se hiciera por el término de seis días a cada uno de los coasignatarios o partícipes, el Secretario no cumplió con tal disposición.

"Tan grave defecto en la tramitación no puede corregirse hoy, porque no existe disposición en la nueva ley que permita hacerlo, como ocurría en la vigencia del artículo 29 de la Ley 169 de 1896, pues esta disposición permitía revocar una providencia definitiva para enmendar el yerro cuando se había omitido una formalidad indispensable para fallar."

Por estos motivos salvo mi voto.

Bogotá, veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y cuatro.

José Miguel Arango

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

El juicio ordinario promovido por Manuel Santos Zúñiga y Ana Joaquina Zúñiga contra las mortuorias de Teodomiro Calderón y Celsa Domínguez y contra Francisco Victoria, Teodosia Trujillo y otros, fue desatado con la sentencia de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos treinta y tres, dictada por el Tribunal Superior de Buga. Contra ella interpuso la parte demandante el recurso de casación, que negó el sentenciador, considerando insuficiente la cuantía de $ 3,900, por tratarse de un juicio de deslinde trocado en ordinario, el cual requiere intereses que excedan a $ 5,000, según entiende haberlo dispuesto el artículo 519 del Código Judicial.

El recurrente estima ilegal la negativa, y propuso el recurso de hecho contra el auto respectivo, fechado el tres de octubre de mil novecientos treinta y tres, recurso que es admisible, por cuanto llena las condiciones legales requeridas.

La Corte considera:

Hay un punto en que teóricamente se hallan de acuerdo el Tribunal y el recurrente, y es que según el artículo 519 del Código Judicial, procede el recurso de casación en los juicios ordinarios cuya cuantía alcanza a $ 3,000. Solamente están inconformes sobre si la cuantía sea la misma para los juicios especiales que se conviertan en ordinarios.

No pertenece el presente a esta última categoría. Es ordinario directamente. En efecto: el apeo de los predios llamados **Morales** y **Morales de los Zúñigas,** siguió todo su curso procesal, desde la demanda hasta la ejecutoria de la sentencia que fijó la raya, sin que se presentara contradicción por ninguna de las partes militantes, ni respecto del deslinde practicado, ni respecto de la demanda misma de deslinde, únicos casos que autorizaban la conversión del juicio especial en juicio ordinario, con arreglo al artículo 272 de la Ley 105 de 1890.

Más tarde, no habiendo habido objeción al deslinde, procedió el Juez a conferir la posesión a los dueños, y fue entonces cuando Manuel Santos Zúñiga y Ana Joaquina Zúñiga se opusieron a la entrega e instauraron una demanda, en que piden la declaración de nulidad del deslinde practicado y de la sentencia de diez y siete de junio que lo aprobó, y en subsidio, que dichos actos no les perjudican por no haber tenido parte en el juicio anterior.

Tratándose, pues, de un juicio simplemente ordinario, y estimando la Corte con el Tribunal y con el recurrente, que para la casación, en ese caso, basta la cuantía de $ 3,000, según el artículo 519 del Código Judicial, es innegable que ha debido otorgarse el recurso.

Pero si se tratara propiamente de un juicio especial con carácter de ordinario, la Corte llega a la misma conclusión por los motivos siguientes:

Vista la antinomia en el texto del artículo 519 del Código Judicial, que señala una cuantía para autorizar el recurso de casación contra las sentencias pronunciadas en los juicios ordinarios, y otra cuantía para autorizar su interposición contra las sentencias pronunciadas en los mismos juicios ordinarios contra las que aprueban las particiones y contra las que fijan la graduación de créditos en los juicios de cesión de bienes o de concurso de acreedores, no le queda al Juez más consejo que remontarse a las fuentes del precepto para averiguar el pensamiento del legislador, atendiendo las normas consignadas en los artículos 5º de la Ley 153 de 1887, 27 y 30 del Código Civil, que dicen:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión **oscura** de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

"El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto."

La Ley 105 de 1931 tuvo como antecedentes principales:

a) El proyecto de Código Judicial, elaborado por la Comisión que creó la Ley 26 de 1924.

b) El plan de modificaciones propuestas por la Comisión de la Cámara de Representantes.

c) Las objeciones del Poder Ejecutivo, que sugerían la conveniencia de algunas reformas; y

d) Los debates definitivos, de los cuales procedió el nuevo Código.

Concretando la dificultad al tema del recurso de casación, los antecedentes se completan con los sistemas anteriormente en vigor, según las Leyes 61 de 1886, 105 de 1890, 169 de 1896, 46 de 1903, 40 de 1907, 90 de 1920 y 11 de 1930.

La primera de estas leyes, que introdujo la casación en el procedimiento civil, la extendió a las sentencias definitivas, dictadas por los Tribunales Superiores en asuntos civiles, cuando la cuantía sea de $ 5,000.

El artículo 366 de la Ley 105 de 1890, exigió que se tratara de sentencias de segunda instancia en juicio civil ordinario, "o que tenga carácter de tál," sobre hechos relativos al estado civil de las personas o sobre intereses particulares en juicios cuya cuantía exceda o sea de $ 3,000.

En mil ochocientos noventa y seis se introdujo la primera reforma, sobre división de cuantías, por el artículo 1° de la Ley 169 de ese año, en el sentido de conceder el recurso, así:

a) En los juicios ordinarios civiles o que tengan carácter de tales, siempre que la cuantía sea o exceda de $ 3,000; y

b) En los juicios de concurso de acreedores o de sucesión por causa de muerte, siempre que la cuantía de éstos sea o exceda de $ 6,000.

Por consecuencia del desequilibrio de valores, producto de causas o fenómenos económicos, la Ley 46 de 1903, artículo 1°, fijó otras cifras para las cuantías, pero conservó el sistema anterior, disponiendo otorgar el recurso en los juicios ordinarios o que tengan carácter de tales, con cuantía de $ 10,000, y en los de concurso y sucesión, con cuantía de $ 20,000.

El sistema de la Ley 40 de 1907, artículo 149, sólo se diferencia de los anteriores en la prescindencia del juicio de concurso. Admitía la casación con cuantía de $ 1,000 en los juicios ordinarios o que tuvieran carácter de tales, y con cuantía de $ 2,000 en los de sucesión.

El artículo 1° de la Ley 90 de 1920 elevó la cuantía a $ 2,000 para el primer caso, y a $ 3,000 para el segundo.

Y la Ley 11 de 1930, artículo 1°, aumentó a $ 3,000 lo primero, y a $ 5,000 lo segundo.

Sometido a los debates reglamentarios el proyecto de Código preparado por la Comisión Revisora que nombró la Corte, de acuerdo con la Ley 26 de 1924, los informantes a la Cámara en mil novecientos treinta y uno, lo mismo que los informantes en mil novecientos veintiséis, no propusieron reforma del artículo 518, que dice:

"Con el fin de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 2,000:

"1° Las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter.

"2° Las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas; y

"3° Las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes o de concurso de acreedores.

"También pueden ser objeto del recurso las sentencias proferidas en el mismo grado de jurisdicción por los Tribunales en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil."

El precepto proyectado volvía al sistema de la Ley 105 de 1890, con una cuantía fija para la casación, pero abarcaba, además, las sentencias de partición en juicios divisorios, de sucesión, de liquidación de sociedades y de graduación de créditos.

El Congreso quiso que fuera así ley de la República. Empero—y esta es la cuestión principal—el Poder Ejecutivo, antes de impartir su sanción al proyecto, presentó al Congreso un mensaje de objeciones, que dice en lo pertinente:

"Tercera objeción.

"(Cuantías para el recurso de casación).

"El artículo 1° de la Ley 11 de 1931, después de una consideración meditadísima y a espacio, estableció que:

'.....la cuantía para que puedan tener recurso de casación los juicios ordinarios o que se conviertan en ordinarios, será de tres mil pesos ($ 3,000), y para los juicios de sucesión, cinco mil pesos ($ 5,000).'

"No obstante la salvedad hecha por el artículo 204 del nuevo Código, como éste, en su artículo 519, fija expresamente la cuantía de dos mil pesos ($ 2,000), tanto en ordinarios como en sucesiones, para los efectos de aquel recurso, el artículo 1° de la Ley 11 sí quedará derogado, con grave perjuicio para la pronta administración de justicia, porque el trabajo de la Corte Suprema se aumentaría en forma tan pesada, que todos los asuntos sufrirían la consiguiente demora en su despacho.

"Sería de desearse que para la casación rigieran las cuantías señaladas por la Ley 11 de 1931, debiéndose reformar en tal sentido el artículo 519 del Código.

"En tal virtud, el Gobierno se permite pedir muy atentamente al honorable Congreso, que reconsidere el inciso 1°, del artículo 519, y en su lugar apruebe el siguiente:

'Artículo 519. Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia: cuando la cuantía alcance por lo menos a tres mil pesos ($ 3,000) en los juicios ordinarios, o a cinco mil pesos ($ 5,000) en los demás que en seguida se mencionan.'"

En el Congreso se acató el pensamiento del Gobierno, y se procedió a adoptar la reforma aconsejada, pero la premura del tiempo quizá fue parte a que el artículo quedase mal redactado, y de ahí su antinomia.

Este recuento sí permite hacer un exacto comentario.

1° No pudo ser la voluntad del Congreso señalar una sola y única cuantía para la concesión del recurso en todos los juicios ordinarios y especiales enumerados. Eso salta a la vista.

2° El Congreso necesariamente se propuso acordar la cuantía de $ 3,000 para unos juicios y de $ 5,000 para otros.

3° La cuantía de $ 3,000 tuvo que corresponder a los juicios ordinarios o que se conviertan en tales, y la de $ 5,000 a los de particiones, concursos o cesiones de bienes, por estas razones:

a) Porque la modificación aconsejada por el Poder Ejecutivo era la de determinar la cuantía de $ 3,000 para los juicios ordinarios; entre los que se cuentan, natural y lógicamente, los que adquieren ese carácter, siendo consecuente y necesariamente, y de $ 5,000 para los de-

más que se mencionaban en los restantes ordinales del artículo 518 del proyecto o 519 de la Ley, desde luégo que "las pronunciadas (sentencias) en los juicios ordinarios o que asuman este carácter" a que se refería el numeral 1º, ya habían pasado al texto del primer inciso del artículo propuesto en el mensaje. De suerte que la cuantía de $ 5,000 abarcaba las sentencias mencionadas en los numerales 2º y 3º, es decir:

"2º Las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas; y

"3º Las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes o de concurso de acreedores."

b) Porque no es de presumir que el Congreso quisiese romper la tradición legislativa ya indicada en punto a la cuantía menor para los juicios ordinarios y mayor para los restantes, tradición apoyada en razones avivadas por la doctrina y la experiencia.

c) Porque si el espíritu del precepto no fuese el que corresponde al mensaje de objeciones, el texto primitivo del artículo 518 o 519 no había sufrido alteración; y

d) Porque la Comisión que estudió el mensaje de objeciones propuso que se declarase fundada la tercera, y así se hizo.

En consecuencia, la Corte estima que es correcto interpretar el texto legal (artículo 519 del Código Judicial) en esta forma:

Pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en los juicios ordinarios o que asuman este carácter cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 3,000, y las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión o de liquidación de sociedades disueltas, o gradúan los créditos en juicios sobre cesión de bienes o concurso de acreedores, cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 5,000.

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, **concede** el recurso de casación propuesto por el apoderado de Manuel Santos Zúñiga y Ana Joaquina Zúñiga contra la sentencia de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos treinta y tres, dictada por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario propuesto por aquéllos contra las mortuorias de Teodomiro Calderón y Celsa Domínguez y contra Francisco Victoria, Teodosia Trujillo y otros, partes, a su vez, demandantes y demandadas, en el juicio de deslinde de los predios llamados **Morales** y **Morales de los Zúñigas.**

Ordénase al Tribunal que remita el expediente a la Corte, previa citación de las partes.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

JOSE MIGUEL ARANGO — **Tancredo Nannetti—José Joaquín Hernández—Manuel Vicente Jiménez—Juan E. Martínez — Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José Joaquín Hernández.

Dice el inciso 1º del artículo 519 del Código Judicial:

"Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunlales Superiores en segunda instancia, cuando la cuantía alcance por lo menos a tres mil pesos ($ 3,000) en los juicios ordinarios, o a cinco mil pesos ($ 5,000) en los demás que en seguida se mencionan."

El ordinal primero del mismo artículo expresa:

"Las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter."

La Sala interpreta así los preceptos transcritos:

"En consecuencia, la Corte estima que es correcto interpretar el texto legal (artículo 519 del Código Judicial), en esta forma:

"Pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las sentencias de segunda instancia, dictadas por los Tribunales Superiores en los juicios ordinarios o que asuman este carácter cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 3,000, y las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas, o gradúan los créditos en juicios sobre cesión de bienes o concurso de acreedores, cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 5,000."

No estimo jurídicas las conclusiones de la mayoría de la Sala, por las razones que expongo en seguida:

Porque el inciso 1º transcrito, es una disposición especial, y su alcance no puede ampliarse por ningún motivo, ya que de una manera clara dispone que las sentencias de segunda instancia dictadas en juicios iniciados como ordinarios, están sujetas al recurso de casación cuando su cuantía alcance por lo menos a $ 3,000. Esta disposición nada dice acerca de sentencias proferidas en juicios especiales que se han convertido en ordinarios (artículo 31 del Código Civil).

Porque el ordinal 1º transcrito preceptúa que las sentencias pronunciadas en juicios especiales que asuman el carácter de ordinarios, están sujetas al recurso de casación cuando su cuantía sea por lo menos de $ 5,000. Tal ordinal armoniza perfectamente con el citado inciso 1º.

Porque la Sala le desconoce valor legal al ordinal 1º, y jurídicamente lo considera inexistente. Toda disposición legal debe interpretarse de modo que produzca algún efecto, pues no es de suponerse que el legislador dicte preceptos sin objeto alguno.

Porque en la interpretación de las leyes debe aplicarse el sabio principio consagrado en el artículo 1620 del Código Civil, según el cual, "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno."

Es oportuno citar la opinión de dos eminentes expositores de Derecho Civil:

"No está por demás advertir aquí que entre los artículos 1618 y 1624 del Código, aunque expresamente destinados para la interpretación de los contratos, hay algunos que contienen principios que pueden ayudar también, todas las proporciones guardadas, para interpretar rectamente un texto legal determinado." (**Tratado de Derecho Civil Colombiano,** por Edmond Champeau y Antonio José Uribe, tomo 1º, página 93, número 139).

Porque es inaceptable el argumento de que las leyes anteriores fijaron una misma cuantía para los juicios ordinarios y los especiales que se convertían en ordinarios, toda vez que el Código vigente, que es el aplicable al caso que se estudia, se separó en este punto de la an-

tigua legislación. Semejante argumento puede aducirse jurídicamente en pro de la aplicación del ordinal 1º del artículo 519, armónico con el inciso 1º de la misma disposición. Es obvio que debe aplicarse la nueva ley que deroga o reforma la anterior.

Porque el fallo del Tribunal de Buga está ajustado a la ley. El se cifra en dos postulados, a saber:

1º Las sentencias de segunda instancia están sujetas al recurso de casación, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 519 del Código Judicial, cuando se dictan en juicios iniciados como ordinarios, y cuando su cuantía es de $ 3,000 por lo menos.

2º Es procedente el recurso de casación en las sentencias proferidas en juicios ordinarios que surgen de juicios especiales, conforme al ordinal 1º del artículo citado, cuando su cuantía es no menor de $ 5,000.

Bogotá, marzo cinco de mil novecientos treinta y cuatro.

José Joaquín Hernández

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

El proyecto presentado por mí, como ponente que fui en este asunto, después de la correspondiente narración de los hechos y de las razones aducidas tanto por el Tribunal para negar el recurso de casación, como por el recurrente, para impetrarlo, terminaba así:

"Es evidente la contradicción que existe entre el miembro principal del artículo 519 del Código Judicial, que concede el recurso de casación contra la sentencia de los Tribunales Superiores en segunda instancia, cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 3,000, y su ordinal 1º, que exige una cuantía no menor de $ 5,000, para que puedan ser acusadas por medio del recurso de casación las sentencias 'pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter'; pues aquí claramente se mencionan dos clases de juicio, perfectamente definidos, a saber: los juicios ordinarios propiamente dichos, en términos absolutos, o sean los mismos a que se refiere el miembro principal del artículo, y los juicios en que no habiendo sido iniciados como ordinarios, esto es, aquellos que iniciados como especiales se convierten luégo en ordinarios; las mismas dos categorías para las cuales el artículo 1º de la Ley 11 de 1931, el 149 de la Ley 40 de 1907, el 1º de la Ley 80 de 1920 y todos los que le precedieron establecían la misma cuantía sin ninguna diferencia.

"No halla la Corte razón alguna que pueda justificar el concepto de que el artículo 519 del Código Judicial establece la cuantía de $ 3,000 para los juicios ordinarios y la de $ 5,000 para los que asuman este carácter, porque ello implicaría la derogación de la primera parte del inciso 1º de este artículo, que dice: 'Las pronunciadas en los juicios ordinarios,' y la derogación de este texto tan claro y terminante no puede fundarse en una mera interpretación doctrinal.

"Tampoco se justifica el concepto del recurrente, de que el recurso de casación procede en los juicios que, sin ser ordinarios, asuman este carácter, si su cuantía alcanza por lo menos a $ 3,000, porque ello va contra un texto claro de la ley.

"Ante la anomalía que presenta el mencionado artículo 519, tal como quedó en la reforma que se le introdujo, sólo pueden adoptarse las normas que establecen los artículos 71 y 72 del Código Civil, 1º, 2º y 3º de la Ley 153 de 1887, y 5º, regla 2ª, de la Ley 57 del mismo año.

"Así, pues, como es evidente la incongruencia que existe en lo dispuesto en el artículo 519 del Código Judicial, en su primer inciso y en el que le sigue, distinguido con el ordinal 1º, en lo referente a la cuantía en los juicios ordinarios, para los efectos del recurso de casación, debe estarse a lo dispuesto en el ordinal 1º, por ser disposición posterior, sobre la misma materia y de una misma especialidad; y en tal virtud, la Corte Suprema, 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 por el apoderado de la parte actora en la oposición a la entrega de posesión de los predios colindantes, decretada en el juicio especial de deslinde, promovido por Leonardo Calderón contra la sentencia de segunda instancia, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el veintiséis de mayo de mil novecientos treinta, lo cual se le comunicará al Tribunal sentenciador para que lo haga constar en los autos respectivos."

La mayoría de la Sala negó mi proyecto, y optó por interpretar el artículo 519 del Código Judicial, en forma tal, que más que una interpretación implica una reforma de este artículo, por la redacción de un artículo nuevo que lo sustituye.

Para llegar a ese extremo, la mayoría de la Sala invoca las normas consignadas en los artículos 5º de la Ley 153 de 1887 y 27 y 30 del Código Civil; pero no me explico porqué son aplicables esas disposiciones, sobre todo las dos últimas, puesto que en el citado artículo 519 no hay nada oscuro, sino, todo lo contrario, mucha claridad; allí, puede decirse, propiamente hablando, que lo que hay no es una simple incongruencia, sino una evidente incompatibilidad entre lo dispuesto en el miembro principal de aquel artículo del Código Judicial, donde dice: "a tres mil pesos ($ 3,000) en los juicios ordinarios," y la primera parte de su ordinal 1º, donde dice: "Las pronunciadas en los juicios ordinarios."

No se trata, pues, de aplicar reglas indicadas para interpretar leyes oscuras, sino de adoptar las reglas a que debe ceñirse el juzgador cuando se halla en presencia de disposiciones incompatibles, sin que valga la objeción que se adujo en la discusión del asunto, de que aquí no se trata de dos disposiciones, sino de una sola, oscura o incongruente; pues si bien es cierto que apenas se trata de un artículo de la ley, ese artículo contiene varias disposiciones o declaraciones de la voluntad soberana del legislador acerca de cada uno de los casos allí contemplados, y de las cuales hay dos que son incompatibles.

Si el texto de esas dos disposiciones es completamente claro, y sus palabras no dejan lugar a duda, al juzgador no le es dado apartarse de su tenor literal para aplicarlas en el sentido que él crea más conveniente o equitativo, apoyándose para ello en el 2º inciso del artículo 27 del Código Civil, porque, repito, aquí no se trata "de interpretar una expresión oscura de la ley," y, como lo observa un expositor, el juzgador que así procede, con el pretexto de interpretar la ley, se irroga el derecho de corregirla o modificarla a su arbitrio.

Si el legislador, a la vez que aceptó la reforma propuesta por el Poder Ejecutivo, consistente en reemplazar

el inciso 1º (miembro principal) del artículo 519 del proyecto, por lo propuesto por él en el mensaje de objeciones, hubiera suprimido el ordinal 1º, bien se habría podido sentar, por vía de interpretación, que en los juicios ordinarios de que hoy habla el miembro principal del artículo 519 del Código Judicial, están comprendidos los que se conviertan en ordinarios; pero habiendo quedado ese artículo tal como aparece en el Código, al intérprete no le es dado borrar nada de lo que el legislador dejó allí consignado como expresión de su voluntad.

En el auto que precede queda establecido que el artículo 519 del Código Judicial debe quedar o debe interpretarse así:

"Pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en los juicios ordinarios o que asuman este carácter, cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 3,000, y las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas, o gradúan los créditos en juicios sobre cesión de bienes o concurso de acreedores, cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 5,000."

Esto, para mí, no es interpretar sino reformar ese artículo, y estimo que ello entraña mucha gravedad.

Estima la mayoría de la Sala que lo que hay es que el artículo quedó mal redactado, tal vez—dice—debido, en parte, a la premura del tiempo; pero considero que al juzgador no le es dado formular sus decisiones en esa clase de apreciaciones, prescindiendo de las reglas que para casos como éste consagra el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que amparan al legislador contra censuras de esa índole; al intérprete no le es dado atribuírle al legislador errores ni equivocaciones, pues a los funcionarios encargados de aplicar las leyes sólo les es permitido rectificar los yerros caligráficos y tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras, "cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador" (artículo 45 del Código Político y Municipal).

Estimo que sólo al legislador le corresponde fijar el sentido del referido artículo 519, en la forma en que lo hace la Corte en el auto que precede, y es ésta la razón en que me fundo para salvar mi voto.

Bogotá, marzo cinco de mil novecientos treinta y cuatro.

Germán B. Jiménez

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

El doctor Gonzalo Gómez, como apoderado de los señores Carlos Uribe Brigard y Jacinto Díaz Rubio, demandó ante el Juez del Circuito de Bogotá al señor General don Jorge Holguín para que, mediante la tramitación de un juicio ordinario, se le condenase a restituír a sus poderdantes los globos de terreno denominados **Anacutá, Juanambú** y **Tierracolorada**, ubicados en el Municipio de Tibacuy, y deslindados como en la demanda se expresa; a restituír los frutos o productos de los lotes expresados, percibidos por el demandado, desde el día en que empezó a disponer de la finca o a usufructuarla, hasta que se verifique la restitución de los inmuebles, y no solamente los frutos percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

Tercero. A pagar el valor de cualquier deterioro que por su hecho o culpa aparezca haber sufrido la finca el día en que ella fuere entregada, con relación al estado en que se hallaba cuando la principió a explotar el demandado, y de acuerdo con lo que resulte de las probanzas.

Cuarto. Al pago de todas las costas de la presente litis y de las demás cuestiones judiciales que tuviere necesidad de promover para obtener la definitiva entrega de lo demandado.

Fundó su acción en el Título XIII del Libro 2º del Código Civil, y en los hechos siguientes:

1º Los demandantes, mis poderdantes, son dueños de los lotes de terreno que acaban de determinarse.

2º El señor General don Jorge Holguín tiene la posesión material de los expresados terrenos, en los cuales ejerce, sin consentimiento de mis poderdantes, diversos actos de aquellos a que sólo da derecho el dominio.

3º El General Jorge Holguín no tiene título alguno de propiedad que lo autorice para retener los lotes de terreno mencionados, ni ha celebrado con los actuales dueños ni con los antecesores, en el dominio de los referidos lotes, ningún contrato que lo autorice para retenerlos y para explotarlos.

4º Los referidos lotes de terreno fueron adquiridos en dominio y propiedad por los demandantes, en la proporción de que hablan los respectivos títulos, y pertenecen los frutos demandados a mis mismos poderdantes.

El personero del Genaral Holguín contestó negativamente la demanda, y presentó a su turno una de reconvención, para que se declarase que los lotes de tierra a que se refiere la demanda principal, están afectos realmente al pago del crédito hipotecario que sobre ellos constituyeron los señores Arturo Schlesinger, Juan Borda Alcalá y José C. Borda, por la suma de tres millones setecientos mil pesos ($ 3.700,000) papel moneda, o sea la cantidad de treinta y siete mil pesos ($ 37,000) oro, en favor del doctor Nicolás Osorio, por medio de la escritura pública número 1756, de veintiocho de agosto de mil novecientos tres, otorgada ante el Notario 5º del Circuito de Bogotá.

Segunda. Que el crédito hipotecario a que alude la anterior declaración, está vigente, tanto por capital, o sea por las sumas de setecientos mil pesos papel moneda, o siete mil pesos oro, que debió pagarse el día veintiocho de agosto de mil novecientos cinco, de tres millones de pesos papel moneda, que debió pagarse el día veintiocho de agosto de mil novecientos siete, como por los intereses sobre esas cantidades, a la rata del cuatro por ciento anual en el plazo, y la rata del doce por ciento anual en la demora; y que únicamente está cubierta o pagada a cuenta de ese crédito y con la imputación legal, la suma de trece mil trescientos treinta y cuatro pesos oro, valor del remate verificado por los señores Fould y Compañía, de París, con fecha dos de marzo de mil novecientos once, en el juicio ejecutivo que ante el Juez 2º Civil de este Circuito seguía la Sociedad mencionada contra Carlos Uribe.

Tercera. Que los contrademandados Carlos Uribe Brigard y Jacinto Díaz Rubio, como poseedores inscritos y dueños de los lotes de terreno a que se contrae la declaración primera de esta demanda de reconvención, y que fueron objeto del gravamen hipotecario de que tratan

las declaraciones anteriores, deben pagar a mi representado, señor General Jorge Holguín, la suma de sesenta mil pesos moneda corriente u oro, cantidad ésta de que es cesionario en la acreencia citada, por cesión que le hicieron los señores Fould y Compañía, de París, por medio de las escrituras públicas números 1772 y 1774, de seis de agosto de mil novecientos veintiséis, otorgadas en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá, y que se inscribió en el respectivo título hipotecario, por medio de la nota de cesión suscrita en esta ciudad el día nueve de octubre de mil novecientos veintiséis con el producto del remate de los bienes raíces mencionados, si el pago de esa cantidad no se verifica oportunamente.

Cuarta. Que el señor General Jorge Holguín, como cesionario del crédito aludido, hasta concurrencia de la suma de sesenta mil pesos moneda corriente u oro, tiene derecho a hacerse pagar esa cantidad, persiguiendo realmente los lotes especificados y alinderados en la declaración primera de esta demanda de reconvención.

Quinta. Que los contrademandados señores Carlos Uribe Brigard y Jacinto Díaz Rubio deben pagar todas las costas y gastos judiciales de esta acción de reconvención.

En derecho, fundó esta reconvención en el Título 37, Libro IV, del Código Civil; artículos 947 y 948 del Código Judicial, y en cuanto a los hechos dijo:

Son hechos de esta contrademanda los siguientes:

1º Por medio de la escritura pública número 1756, de veintiocho de agosto de mil novecientos tres, los señores Arturo Schlesinger, José C. Borda y Juan Borda Alcalá constituyeron en favor del doctor Nicolás Osorio, una hipoteca de primer grado sobre los bienes inmuebles determinados por su situación y linderos en ese instrumento, entre los cuales figuran los tres globos de terreno o lotes a que alude la declaración primera de esta contrademanda, denominados **Juanambú, Anacutá y Tierracolorada.**

2º La hipoteca a que el hecho anterior se refiere, fue otorgada por una suma de tres millones setecientos mil pesos papel moneda, o sea treinta y siete mil pesos oro, y se convino el pago de esa cantidad en dos contados, así: setecientos mil pesos papel moneda, o siete mil pesos oro, el día veintiocho de agosto de mil novecientos cinco, y tres millones de pesos papel moneda, o treinta mil pesos oro, el día veintiocho de agosto de mil novecientos siete.

3º En el aludido instrumento se pactaron intereses en el plazo a la rata del cuatro por ciento anual, y para el caso de demora se pactaron intereses a la rata del doce por ciento, también anual.

4º El acreedor hipotecario, doctor Nicolás Osorio, cedió esa acreencia a los señores Fould y Compañía, de París, por medio de la escritura número 1373, de diez y siete de julio de mil novecientos cinco, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá.

5º A cuenta de la referida acreencia y con la imputación legal, solamente se ha abonado o pagado la suma de $ 13,334 oro, valor éste del remate que de uno de los globos materia del gravamen se efectuó el día dos de marzo de mil novecientos once, en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá, en el juicio ejecutivo que seguía el doctor Elías Cuenca contra el señor Carlos Uribe.

6º Está vigente, en consecuencia, el crédito hipotecario, tántas veces mencionado, salvo el abono de que trata el punto anterior.

7º A mi representado, señor General Jorge Holguín, le fue cedido el nombrado crédito hipotecario por los señores Fould y Compañía, de París, hasta concurrencia de la suma de sesenta mil pesos moneda corriente u oro, según consta de las escrituras públicas números 1772 y 1774, de seis de agosto de mil novecientos veintiséis, pasadas ante el Notario 1º de Bogotá, y de la respectiva nota de cesión, suscrita a continuación del título hipotecario, en esta ciudad de Bogotá, con fecha nueve de octubre de mil novecientos veintiséis.

8º La cesión de que trata el punto anterior fue notificada en legal forma al señor Carlos Uribe, por conducto del Juzgado 2º Civil de este Circuito, el día nueve de febrero, sin que el notificado hiciera al traspaso la menor observación.

9º En ese Juzgado cursa un juicio ordinario de reivindicación de los lotes que aparecen hipotecados, según la declaración primera de esta demanda de reconvención, juicio propuesto en contra de mi representado por los señores Carlos Uribe Brigard y Jacinto Díaz Rubio.

10. Los señores Carlos Uribe Brigard y Jacinto Díaz Rubio, en la actualidad son poseedores inscritos y dueños legales de los globos de tierra que se han individualizado en el curso de esta demanda.

Respondió negativamente esta contrademanda el apoderado de Uribe Brigard y Rubio, y opuso las excepciones perentorias de prescripción, petición indebida y caducidad. Adelantado el juicio doble por sus trámites adecuados, el Juez lo falló, condenando al demandado Jorge Holguín a restituir, dentro del término de seis días, a los señores Carlos Uribe Brigard y Jacinto Díaz Rubio los globos de terreno objeto de la demanda principal, y además hizo las siguientes declaraciones relativas a los puntos de la doble controversia:

2º Condénase al demandado Jorge Holguín a restituir, dentro de seis días, los frutos de estos inmuebles, desde el día veintidós de febrero de mil novecientos veintisiete hasta cuando se verifique la restitución, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Estos frutos se justipreciarán en juicio separado.

3º Quédale a salvo su derecho al demandado Holguín en cuanto al abono de expensas necesarias y mejoras útiles.

4º Absuélvese al demandado Holguín del pago de deterioros de los mismos inmuebles.

5º Declárase que los globos o lotes de tierra a que se refiere el punto primero de esta providencia, y conforme a la alinderación allí expresada, están afectos realmente al pago del crédito hipotecario que sobre ellos constituyeron Arturo Schlesinger, Juan Borda Alcalá y José C. Borda, por la suma de tres millones setecientos mil pesos papel moneda, o sea por la cantidad de treinta y siete mil pesos oro a favor de Nicolás Osorio, por medio de la escritura número 1756, de veintiocho de agosto de mil novecientos tres, otorgada en la Notaría 3ª de esta ciudad.

6º Declárase que el crédito hipotecario a que alude el punto anterior está vigente, por capital e intereses, y que únicamente se ha pagado la suma de trece mil trescientos treinta y cuatro pesos moneda legal, con la imputación legal.

7º Los contrademandados Carlos Uribe Brigard y Jacinto Díaz Rubio, como dueños de los lotes a que se refiere el punto primero de esta sentencia, están obligados

a responder del crédito hipotecario antes mencionado, hasta por la suma de sesenta mil pesos moneda legal, o la necesaria para la obtención de los lotes por parte del señor Jorge Holguín.

8º El contrademandante Jorge Holguín, como cesionario del crédito hipotecario aludido, tiene derecho a perseguir los lotes gravados con hipoteca por escritura número 1756, de veintiocho de agosto de mil novecientos tres, de la Notaría 5ª de Bogotá; y

9º No se hace condenación en costas, ni en la demanda principal ni en la de reconvención.

Ambas partes apelaron de este fallo, y el Tribunal Superior de Bogotá lo reformó, en el sentido de ordenar la restitución de los lotes de **Anacutá** y **Juanambú**, excluyendo el de **Tierracolorada** o **San Lorenzo**, y haciendo, además, las siguientes declaraciones sobre lo restante del litigio:

2º Condénase al demandado Jorge Holguín a pagar el valor de los frutos que hayan podido producir estos inmuebles, desde el veintidós de febrero de mil novecientos veintisiete, hasta cuando se verifique la restitución, y no solamente los percibidos, sino los que hubieran podido producir con mediana inteligencia y actividad, si los dueños los hubieran tenido en su poder. El valor de estos frutos será determinado al ejecutarse la presente sentencia.

3º Absuélvese al mismo demandado de todos los demás cargos que contiene la demanda.

Contrademanda.

"4º Declárase probada la excepción de falta de personería sustantiva de la parte contrademandante, y en su virtud se absuelve a los contrademandados de todos los cargos que contiene la contrademanda.

"5º No se hace condenación en costas en ninguna de los instancias. En estos términos queda reformada la sentencia apelada, de fecha treinta de mayo de mil novecientos treinta y uno."

A la Corte ha venido este asunto por recurso de casación, que ambos litigantes interpusieron, y como el recurso fue admitido, se procede a resolverlo.

Alega el personero del recurrente demandado las causales de casación primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial, por cuanto la sentencia es violatoria de ley sustantiva, y en lo referente a la decisión de la demanda principal, dejó de juzgar en primer lugar una defensa oportunamente presentada por el reo, que impone la casación total del fallo, y en segundo lugar, porque en caso de que llegara a quedar vigente, debe complementarse por ser deficiente, y desde luégo incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Con relación a la causal segunda, dice el recurrente:

"Los actores de la demanda principal plantean la acción reivindicatoria diciéndose dueños de los bienes materia de ella, en calidad de sucesores del señor Carlos Uribe. Contra este señor se adelantaba, en la fecha de tal demanda, una acción ejecutiva por el señor Elias Cuenca, y en esa ejecución introdujo la Casa de Fould y Compañía tercería coadyuvante, en ejercicio de la acción real, para el pago del crédito hipotecario de que habla la contrademanda, sobre los mismos bienes objeto de la reivindicación, tercería que después siguió el General Holguín, como cesionario de la Casa citada. Y en la ejecución y tercería de que acabo de hablar, el tercerista General Holguín remató las fincas trabadas, las cuales, repito, son las mismas de la reivindicación y de la hipoteca, el dos de junio de mil novecientos veintisiete, esto es, ya durante la existencia del presente litigio. Tal remate se aprobó y se registró oportunamente, como consta de los documentos de folios 36 a 40 del cuaderno principal.

"La parte de Holguín ha opuesto este remate a la acción de sus demandantes. Alega, en efecto, que habiéndose trabado la acción ejecutiva, con anterioridad a la reivindicatoria, y habiéndose ejercitado en aquélla la acción real que surge de la hipoteca constituída por los antecesores o causahabientes de los reivindicadores, la adquisición de éstos quedó sometida a las resultas de aquella ejecución. Porque es obvio que la venta de don Carlos Uribe en esta litis, no podía alterar la posición jurídica de las partes en el ejecutivo Cuenca-Uribe, con tercería de Fould y Compañía y luégo del General Holguín; y como esta posición jurídica autorizaba el remate de las fincas, máxime cuando estaban perseguidas por la acción real que surge de la hipoteca, es claro que la referida venta de don Carlos a los demandantes no podía impedir ese remate, ni modificaba en nada los derechos que de él resultan para el rematador. Con tanto mayor razón esto es así, en el caso que aquí se contempla, cuanto que don Carlos Uribe, demandado en la ejecución y tercería, y antecesor de los demandantes, al contestar la tercería, expresamente convino en la acción, en la existencia de hipotecas y en la persecución de las fincas gravadas, de las cuales él era entonces poseedor inscrito, admitiendo como ciertos los hechos y el derecho en que esa tercería se fundó. La prueba de esto se halla a los folios 45 a 59 del cuaderno de pruebas del demandado.

"Sin embargo, el Tribunal halló infundada la alegación de la parte de Holguín, ya por tratarse de un hecho posterior a la litis contestatio, que vendría a modificar la situación que las partes adquirieron en el juicio, y que quedó determinada con la contestación de la demanda, como porque cuando tal remate se verificó, los inmuebles no eran ya de Carlos Uribe, sino de los actores en este juicio.'

"Con este razonamiento, el Tribunal desconoció las teorías que informan la litispendencia, la hipoteca y la tradición, y dejó de fallar sobre un punto sometido a controversia, que requería, por tanto, decisión concreta y seria."

Dice el autor del recurso en otro pasaje de su demanda de casación:

"El Tribunal desacertó al descartar del debate ese título del remate con el pretexto de la litiscontestación, que amplió de manera errónea para abstenerse de fallar sobre él, y con ello incurrió en la incongruencia que hace anulable el fallo por la causal segunda."

El Juez—sigue diciendo el recurrente—al estudiar este punto, el cual falló en el mismo sentido que el Tribunal, agregó esto:

"Quizá parezca una anomalía que el que adquirió posteriormente la cosa no pueda alegar ese título; sin embargo, existe otra oportunidad para hacerlo valer, y entonces debe estudiarse su valor probatorio, ya que no ha sido controvertido en este juicio."

"Y este pensamiento, que es el mismo que informa la sentencia recurrida, evidencia la abstención de fallar sobre el particular. Porque si, conforme a él, el título

del remate que se ha aducido en defensa del demandado no queda juzgado y puede hacerse valer en otra oportunidad, ya para sustentar oposición contra la ejecución del fallo, ya para debatirlo por separado en otra litis, es claro que sobre él nada se ha decidido aquí, y ello precisamente es lo que constituye abstención, que funda acusación por causal segunda."

Considera la Corte que la segunda causal de casación consiste en que la sentencia no esté en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y en el presente caso el Tribunal estimó que, habiéndose verificado el remate de las fincas que son objeto de la reivindicación, posteriormente a la litiscontestación no podía tenerse en cuenta ese acto para enervar la acción, ya que eso sería alterar la situación que las partes adquirieron en el juicio, y que quedó determinada con la contestación de la demanda, porque cuando tal remate se verificó, los inmuebles ya no eran de Carlos Uribe, sino de los actores en el juicio.

No hubo, pues, omisión en el fallador, ya que éste se fundó en las razones que se dejan apuntadas, para deducir que el remate verificado con posterioridad a la contestación de la demanda no era título suficiente para oponerse a la acción reivindicatoria intentada. Hubo fallo explícito sobre la materia, y si erró el sentenciador en sus apreciaciones, sería la primera causal y no la segunda, la que podría alegarse al respecto.

El recurrente alega también la primera causal de casación, y sostiene que la sentencia es violatoria de los artículos 2452 y 752 del Código Civil, y 1022 del Código Judicial antiguo y 997, ordinal 1º, del Código Judicial actual.

Quebranta el Tribunal estas disposiciones alegadas, no sólo de modo directo, dice el recurrente, sino por falta de apreciación de la prueba resultante de la copia de la actuación del ejecutivo Cuenca-Uribe con tercería Holguín; pues en tales piezas resulta evidenciado que cuando la reivindicación se planteó, ya las fincas estaban demandadas en acción real hipotecaria por el demandado en la litis, y que, como resultado de esta acción, el General Holguín hizo el remate que ha exhibido como título de su derecho al dominio de aquellas fincas.

Violó también el sentenciador, agrega el autor del recurso, tanto de modo directo, por errónea interpretación y falta de aplicación, como por falta de apreciación o por apreciación errónea de la prueba de que se acaba de hacer mérito, los artículos 329 y 341 del Código Judicial.

Con efecto: la excepción perentoria, conforme a la primera de estas disposiciones, tiende a destruír la acción, sea porque la obligación que se demanda ha carecido de existencia, o porque, habiendo existido, se extinguió. Inexistencia o extinción de la obligación es, pues, la síntesis de la excepción.

En el caso de esta litis, el General Holguín, aun cuando tenía la posesión material o tenencia de las fincas desde mucho antes de la demanda, al tiempo de ésta carecía de título inscrito, porque el vendedor de sus demandantes no cumplió la obligación de otorgárselo, y prefirió constituírlo en favor de dichos demandantes, habilitándolos así para la iniciación del juicio. Puede, en consecuencia, aceptarse que cuando se planteó el litigio, la obligación de restitución que se demanda existía; pero como por vía de excepción no sólo se discute la existencia de la obligación sino también su vigencia, el General Holguín podía y pudo demostrar la extinción de la restitución que se le exige. Y tal fue lo que hizo con la copia del remate de los fundos en disputa, verificado por él en la ejecución y tercería de que tánto se ha hablado.

Luego el sentenciador, al decidir como decidió, que ese remate por ser posterior a la contestación de la demanda no puede ser apreciado ni juzgado en esta causa, perdió de vista el carácter y efecto jurídico de él; no comprendió su alcance exceptivo, suficiente para enervar la acción, y consiguientemente, apreció mal, con error de hecho y de derecho la prueba de tal remate, que lo es la copia de su acta y su registro, y ya por efecto de estos errores, ora de modo directo, violó los referidos artículos 329 y 341 del Código Judicial, que son disposiciones sustantivas y que dejó de aplicar, siendo el caso de hacerlo.

Considera la Corte que el fundamento de la sentencia en relación con el punto anterior, es el de que el remate verificado por el General Holguín no puede tenerse en cuenta en el presente litigio para oponerlo a las pretensiones de los actores, por tratarse de un hecho posterior a la litis contestatio, que vendría a alterar la situación que las partes adquirieron en el juicio, y que quedó determinada en la contestación de la demanda. De manera que el Tribunal no ha desconocido el carácter de real que tiene la acción hipotecaria, esto es, que puede perseguirse la finca hipotecada contra quienquiera que la posea, sin relación a determinada persona, por lo cual no aparecen violados los artículos 2452 y 752 del Código Civil, en el concepto que apunta el recurrente.

Cuanto al artículo 329 del Código Judicial, que define la excepción perentoria, tampoco el sentenciador ha desconocido que por vía de excepción perentoria puede oponerse al reivindicador un título que prefiera al suyo y enerve su acción, desde luégo que no entró a examinar en el fondo la fuerza de la defensa alegada por el demandado para aniquilar la acción. El nervio del fallo en este asunto consiste, como se ha visto, en que la excepción fundada en un hecho sobreviniente o posterior al cuasicontrato de la litis contestatio, no puede tenerse en cuenta para fallar el pleito, por existir una situación jurídica establecida entre los litigantes desde la contestación de la demanda, que fija los extremos de la litis. Esa la razón del fallo, y no que un título de dominio procedente del reivindicador no pueda oponerse al que a éste sirve para sustentar su demanda.

Acusa también el recurrente la sentencia por infracción del artículo 341 del Código Judicial, el cual expresa en qué oportunidades del juicio pueden proponerse las excepciones perentorias, esto es, señala el término procesal para presentar en juicio las defensas que crea el demandado le favorecen, y es por lo mismo adjetiva esa disposición legal que mira a la tramitación de los litigios y no a la sustancia del derecho. De modo que por el quebrantamiento de ese precepto no procedería el recurso de casación, desde luégo que el artículo 520 del Código Judicial señala como causal de casación la violación de ley sustantiva.

Contrademanda.

Para negarla dijo el Tribunal:

"Como se ha invocado por parte del contrademandante la calidad de cesionario de la Societé pour le Commerce entre la France et les pays D'Oultremer, que antes—se dice—se llamaba Fould & Cie, es preciso averiguar si quien obró a nombre de esa Compañía para hacer la

cesión era su mandatario, y, además, si está establecido en los autos que la Sociedad cedente fuera la continuadora de Fould & Cie., o que hubiera adquirido de ésta el crédito que cede. A los autos no se ha traído la prueba ni de que el señor Enrique de Narváez Quijano, quien se dijo representante de la Societé pour le Commerce entre la France et les pays D'Oultremer, tuviera tal carácter, ni tampoco que esta última Sociedad sea la continuadora de la Fould & Cie., o de que aquélla hubiera adquirido de ésta en alguna forma el crédito cedido. No exisitiendo esta prueba, no puede darse por establecido que el General Jorge Holguín sea cesionario del crédito al cual se refieren las declaraciones pedidas en la contrademanda, y, por lo mismo, no se puede entrar a considerar las peticiones que ésta contiene, porque la parte contrademandante no tiene personería suficiente para pedirlas en el juicio."

Combate el recurrente el primer razonamiento de la sentencia, o sea que no hay prueba de que el señor Enrique de Narváez Quijano tuviera el carácter de apoderado de la Societé pour le Commerce entre la France et les pays D'Oultremer, y al respecto dice:

"En cuanto al primero de estos motivos, o más bien pretextos, esto es, respecto del carácter de apoderado con que obró el señor De Narváez en la escritura de cesión número 1772, de seis de agosto de mil novecientos veintiséis, Notaría 1ª de Bogotá, se dijo esto:

'Compareció el señor Enrique de Narváez Quijano, y dijo: que en su carácter de apoderado general de la sociedad anónima denominada Societé pour le Commerce entre la France et les pays D'Oultremer, anciennement Fould & Cie., legalmente constituída en Francia, domiciliada en París (30, rue de Faubourg Passoniére), capital de la República Francesa, Sociedad que ha cumplido todas las formalidades de la ley colombiana, como consta en la Resolución ejecutiva número 8, de 9 de junio, publicada en el número 20227 del **Diario Oficial**, y en ejercicio del poder que le ha conferido dicha Sociedad por la escritura pública otorgada en París, el treinta de abril de mil novecientos veinticuatro, traducida al castellano, y protocolizada en la Notaría 2ª de este Circuito, bajo el número 946, que yo, el infrascrito Notario, he tenido a la vista..... (folios 9 y 10 del cuaderno de pruebas del demandado). Además, a fojas 45 a 64 del mismo cuaderno, se halla la copia del juicio ejecutivo Cuenca-Uribe con tercería Holguín, y de ella resulta que, con apoyo en la cesión verificada por la escritura número 1772, el General Holguín presentó su demanda como cesionario de la Sociedad referida; que el Juzgado que conocía de ese asunto ordenó se notificara la cesión al deudor, por auto de fecha tres de febrero de mil novecientos veintisiete; que esa notificación se hizo a don Carlos Uribe el nueve del mismo febrero, y que en la indicada calidad de cesionario de la Sociedad expresada, el General Holguín siguió su tercería e hizo el remate de que tántas veces se ha hablado.'

"Los anteriores elementos prueban plena y suficientemente la calidad de cesionario del General Holguín, que el sentenciador negó. La escritura pública es plena prueba, artículos 1759 del Código Civil y 630 del Código Judicial; y puesto que en la número 1772, el Notario certifica y da fe del carácter de apoderado con que obró el señor De Narváez, tal calidad está probada con sólo ese instrumento, al tenor de los artículos 2576 y 2594 del Código Civil. Además, la referida calidad le fue expresamente reconocida al General Holguín por el Juzgado 6º de este Circuito en la ejecución con tercería mencionada, y ese reconocimiento es prueba también, según lo preceptúa el artículo 632 del Código Judicial. Luego el Tribunal, al desconocer la indicada calidad de cesionario del General Holguín, dejó de apreciar o apreció erróneamente, con error de hecho y de derecho, las pruebas que dejo estudiadas, y como consecuencia de tales errores quebrantó las disposiciones del Código Civil y del Código Judicial, que dejo citadas."

El otro motivo o pretexto, dice el recurrente, aducido por el sentenciador, esto es, el relacionado con las dos firmas o razones sociales de la entidad cedente del General Holguín, también queda desvirtuado con las mismas pruebas citadas, principalmente con el reconocimiento de cesionario que hizo el Juzgado 2º del Circuito, prueba que en este concepto volvió a apreciar mal el sentenciador, con errores de hecho y de derecho, que lo llevaron a violar otra vez las disposiciones citadas antes.

Considera la Corte que, aun suponiendo que la certificación del Notario respecto de haber tenido a la vista el poder que la Societé pour le Commerce entre la France et les pays D'Oultremer le había conferido a don Enrique de Narváez Quijano, fuera en este juicio prueba de tal mandato, es lo cierto que en lo relativo a que la Sociedad nombrada es la continuación de la Fould & Cie., no puede tenerse como prueba el hecho de que en el juicio ejecutivo que siguió como tercerista coadyuvante el General Holguín, el Juez lo hubiera reconocido como cesionario de esta última Sociedad, Fould & Cie., por cuanto las pruebas que obran en un juicio no sirven para otro, si no se reproducen en éste. Si halló el Juez de la ejecución suficiente la prueba en el juicio ejecutivo para considerar al General Holguín como cesionario de la Casa Fould & Cie., eso no quiere decir que en el presente juicio ordinario se haga lo mismo, si no trajo la prueba pertinente para llegar a la misma conclusión. Por tanto, no es el caso de infirmar la sentencia en lo relativo a la contrademanda.

Formula el recurrente su última acusación en estos términos:

"El Tribunal que, como queda visto, acogió la acción principal de reivindicación, no hizo, sin embargo, pronunciamiento alguno acerca de las prestaciones mutuas, no obstante que el Juez de primer grado sí falló sobre ese particular. Ni en la parte motiva, ni en la resolutiva de la sentencia recurrida se encuentra consideración alguna al respecto, y tampoco se explica el motivo de semejante silencio. Tal pronunciamiento era de rigor, dada la manera como decidió la controversia el sentenciador. Siempre que un poseedor sea vencido en juicio, el juzgador está en el deber de estatuír sobre las prestaciones mutuas, por mandato imperativo de los artículos 965 y 966 del Código Civil, como en repetidas ocasiones lo ha decidido la honorable Corte, y sin necesidad de contrademanda ni de petición del reo, que dirige su defensa al fondo de la cuestión. Y con mayor razón en el caso actual en donde el Tribunal declaró, como no podía menos de hacerlo, que mi poderdante Holguín era y ha sido siempre poseedor honorable, de buena fe, según los textos legales, como se deduce de todas las piezas de este proceso. Dos interpretaciones corresponden a este silencio del Tribunal, o que se abstuvo de fallar sobre puntos que requerían decisión, o que falló negando la declara-

ción hecha por el Juzgado de primera instancia en el punto 3º de su sentencia, en los términos siguientes:

'Quédale a salvo su derecho al demandado Holguín, en cuanto al abono de expensas necesarias y mejoras útiles.'

"Si lo primero, la sentencia es deficiente, no está en consonancia con la naturaleza del juicio, dejó de fallar sobre puntos de controversia, y es, por tanto, anulable por causal segunda.

"Si lo segundo, la sentencia es violatoria de los artículos 965 y 966 del Código Civil, por falta de aplicación al caso de la litis, y por errónea interpretación, si es que alguna se le dio, y debe carsarse también por causal primera.

"En estos términos acuso, pues, en esta parte el fallo, a fin de que en el improbable caso de que los ataques que por otros respectos que lo cobijan en su totalidad no prosperen, la Corte decida sobre la aplicación de los mencionados artículos, para resolver lo referente a los derechos del demandado en lo tocante a las expensas necesarias y a las mejoras útiles."

Estima la Corte que, considerado en la sentencia el General Jorge Holguín como poseedor de buena fe, tiene todos los derechos que a tales poseedores otorga el Código Civil, en el capítulo sobre **prestaciones mutuas**, de manera que la declaración del Juez en relación con este punto, cuando dijo: "Quédale a salvo su derecho al demandado Holguín, en cuanto al abono de expensas necesarias y mejoras útiles," no es otra cosa que una advertencia del juzgador acerca de lo que preceptúa la ley, advertencia por otra parte innecesaria, desde luégo que no es el Juez sino la ley quien establece la salvedad.

Y el hecho de haber guardado silencio el Tribunal sobre este punto, al resolver la demanda principal, no implica, como cree el recurrente, ni abstención de fallar ni quebrantamiento de los artículos 965 y 966 del Código Civil por falta de aplicación al caso de la litis. No lo primero, porque el derecho del demandado respecto de expensas y mejoras, cuando vaya a ejecutarse la sentencia, emana de la ley; ni lo segundo, porque el sentenciador, al prescindir de la advertencia hecha por el Juez, no ha resuelto contra los derechos que al poseedor vencido reconocen los artículos 965 y 966 del Código Civil, que por ese aspecto considera violados el autor del recurso.

Recurso de los demandantes.

El Tribunal para declarar la buena fe del poseedor demandado en la reivindicación, hizo el razonamiento siguiente:

"La parte demandante sostiene que el demandado es poseedor de mala fe, y para comprobarlo invoca el reconocimiento del derecho de dominio de los demandantes que él ha hecho en este juicio. Pero el Tribunal considera que lo resuelto por el Juez en este punto está de acuerdo con los hechos que aparecen demostrados en el expediente; pues el demandado, sobre la presunción de buena fe que en su favor reconoce el artículo 769 del Código Civil, ha acreditado con las declaraciones de Jorge Sandino, Celso Román, Raimundo Tavera, Jorge Barragán y Jesús Cortés, que la Sociedad Fould & Cie. poseyó los lotes que se reivindican como parte integrante de la hacienda de **La Vuelta**, y que ésta le transmitió la finca en la misma forma en que la poseía. De consiguiente, si Fould & Compañía le dio la posesión material de la hacienda de **La Vuelta** al demandado, en la cual estaban incluídos los lotes que hoy se reivindican, no puede sostenerse que el demandando Holguín haya entrado a poseer tales inmuebles de mala fe, y aun cuando es cierto que éste ha reconocido en el curso del juicio que el derecho de dominio le correspondía a Carlos Uribe, este reconocimiento no se opone a la buena fe que debió existir en el demandado al entrar a poseerlos, porque tal hecho, a lo menos en la forma como ha sido reconocido en el juicio, es posterior a la fecha en que debió entrar en posesión de los inmuebles, y basta la buena fe al iniciarla, para que no se le pueda condenar a restituír los frutos que percibió antes de la notificación de la demanda. En otros términos: dadas las declaraciones de los testigos que se han citado, todos los cuales están de acuerdo en que Fould & Compañía poseyó la hacienda de **La Vuelta** con los lotes que se reivindican como un solo inmueble; que a los comisionados del demandado Holguín, cuando éste pretendía comprar la hacienda de **La Vuelta**, se les mostró como tál la posesión que tenía la Compañía, y que esa posesión, tal como ella la tenía, le fue entregada al comprador Holguín, es lógico suponer que el demandado no entró a poseer los lotes materia de la reivindicación, con mala fe."

El recurrente demandante combate esta apreciación por la causal primera, y sostiene que el Tribunal violó varias disposiciones legales. Violó dice, el artículo 769 del Código Civil, que establece la presunción de buena fe, por cuanto dicha presunción presupone la existencia de un título constitutivo o traslaticio de dominio, y ese título no aparece en los autos, pero ni siquiera ha sido alegado por el demandado. La violación directa del citado artículo es fruto de una interpretación errada, y su aplicación es indebida en este pleito por falta de título de posesión. Violó los artículos 2577 y 2632, porque les dio a las declaraciones de testigos, rendidas en el juicio, el valor probatorio de escritura pública registrada para probar el título de posesión hábil para adquirir dominio de bienes raíces; y estos artículos disponen que deben pasar ante Notario los actos y contratos relativos a la enajenación o mutación de propiedad de bienes inmuebles, y que tales actos y contratos deben ser inscritos en el competente registro. En el folio 5 y en 11 de mi cuaderno principal, y acompañado con la demanda, figura el certificado del Registrador de instrumentos públicos del Círculo competente, del cual aparece que los lotes demandados no han sido inscritos en cabeza distinta desde que el doctor Uribe los adquirió. De manera que no hay título registrado para Holguín. Esta violación provino de la apreciación errónea del certificado del Registrador o de falta de apreciación de éste. El sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho, al dejar de apreciar el certificado aludido, y en error de derecho al apreciar tal prueba testimonial, porque le dio un valor probatorio que las disposiciones citadas no autorizan. Mediante los citados errores se violaron las disposiciones de los artículos aludidos, en relación con el artículo 769, que también quedó violado indirectamente.

"Violó directamente el artículo 768, porque presupuso la sentencia buena fe en el demandado, sin que en los autos aparezca el título constitutivo de la posesión para juzgar esa buena fe, desde luégo que sin título no se puede tener conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Para hablar de adquisición de donimio,

es indispensable el título constitutivo o traslaticio de dominio, cuya prueba necesariamente debe constar en escritura pública registrada. Y esa escritura falta en los autos.

"Violó indirectamente los artículos 763, 764 y 765, porque todas estas disposiciones presuponen un título constitutivo de la posesión, es decir, aquel que lleva al ánimo del adquirente en el momento del contrato, la certeza de que adquiere la propiedad de la cosa por medios legítimos; y el demandado no ha presentado ni alegado escritura alguna, ni siquiera la escritura por la cual adquirió la hacienda de **La Vuelta**, y no es posible concluír que el General Holguín adquirió la certeza de ser dueño de los lotes por medios legítimos, cuando uno de esos medios, el material, y que se encuentra delante de los sentidos, es la escritura pública registrada. Violó el artículo 769 por mala aplicación al caso del pleito, porque presumió la buena fe sin la prueba del título que toda posesión de buena fe supone, y porque el error de no requerir o exigir el título de la posesión es de derecho, y la sentencia dejó de aplicar la última parte de esta disposición, violándola directamente en su último inciso, ya que, con la falta del título y con las confesiones del demandado, se halla probada la mala fe.

"Violó el último inciso del artículo 768, por falta de aplicarlo al caso del pleito, ya que la falta de título de la posesión es un error de derecho en que incurrió el demandado al no haberlo obtenido, error que constituye una presunción de mala fe. El demandado estaba en la obligación de adquirir ese título de su causante, para colocarse dentro de las disposiciones que amparan a los poseedores de buena fe. No lo adquirió, y usufructuó a sabiendas los lotes, a sabiendas de que no le pertenecían ni los había adquirido; luego debe responder de los frutos que produjeron desde que los usufructuó sin título, y por lo mismo, sin la creencia de que le pertenecían."

Considera la Corte que, conforme al artículo 768 del Código Civil, la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio, y que en los títulos traslaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla.

Ahora bien: el Tribunal deduce la buena fe del demandado General Holguín, esto es, la conciencia de haber adquirido los lotes que hoy se reivindican, y la persuasión en que estaba de que Fould & Compañía, a quienes compró la hacienda de **La Vuelta**, tenían la facultad de enajenar los lotes, de dos hechos: primero, que la Casa vendedora poseía materialmente dichos lotes como parte integrante de la hacienda de **La Vuelta**; y segundo, que a los comisionados del General Holguín, cuando éste pretendió comprar la hacienda de **La Vuelta**, se les mostró como tál la posesión que tenía la Compañía, y que la posesión, tal como ella la tenía, le fue entregada al comprador.

Si por un estudio posterior se vino en conocimiento de que la hacienda de **La Vuelta** no comprendía los lotes objeto de la reivindicación, ese error en materia de hecho no se opone a la buena fe, como lo reza el inciso 3º del artículo 768 del Código Civil.

¿Cómo puede demostrarse que el General Holguín no tenía, cuando compró la hacienda de **La Vuelta**, la persuasión de que recibía los lotes, hoy en litigio, de quien tenía la facultad de enajenarlos, si la honorable Casa Fould & Compañía poseía esos lotes como partes integrantes de la hacienda, y si al comprador General Holguín se le entregaron tales lotes cuando recibió todo el inmueble?

Si después, en el curso de este juicio, como apunta con mucho acierto el Tribunal, se le reconoció dominio a los actores sobre los lotes materia del pleito, ese hecho posterior no se opone a la buena fe inicial, esto es, a la conciencia que tenía el General Holguín de que los lotes en referencia hacían parte de la hacienda de **La Vuelta** cuando compró ese inmueble, según las pruebas estimadas por el Tribunal para demostrar ese hecho.

En consecuencia, no procede la acusación que se examina, fundada prinicipalmente en que no se ha presentado la escritura pública que acredite el título traslaticio de dominio sobre la cosa que es materia de la acción reivindicatoria.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y dos.

Sin costas, por ser ambas partes recurrentes.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Manuel Vicente Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez 1º del Circuito de Santo Domingo, Raimundo Piedrahita y Luis F. Gómez demandaron en juicio ordinario a Luis y Francisco Luis Zuluaga y a Daniel Gil, para que en sentencia definitiva se hiciesen las declaraciones siguientes:

"1º Que es nulo, y de ningún valor legal, el contrato de compraventa celebrado entre Luis y Francisco Luis Zuluaga, como vendedores, y el señor Daniel Gil, como comprador, por el cual aquéllos vendieron a éste verbalmente y sin dar aviso a los demandantes consocios de la mina de **San José**, doce acciones de veinticuatroava parte de ésta, por la suma de setenta pesos ($ 70).

"2º Que es nulo el contrato contenido en la escritura pública número 123, de diez y nueve de enero de mil novecientos veintisiete, pasada ante el Notario 3º del Circuito de Medellín, por el cual los Zuluagas formalizaron la venta hecha a Gil de las acciones de que se trata, por la suma de quinientos pesos ($ 500), sin haber hecho notificación legal a los demandantes consocios.

"3º Que es nula la cesión que los Zuluagas hicieron a Gil en la Gobernación del Departamento, de las doce acciones, y nula la adjudicación hecha a Gil como cesionario de los Zuluagas.

"4º Que los Zuluagas están obligados a vender a los demandantes las doce acciones vendidas a Gil, por el precio efectivo que éste dio por tales acciones."

Citaron en apoyo de la demanda los artículos 275 y 276 del Código de Minas, y 1740 y 1741 del Código Civil.

Los demandados Zuluagas contestaron la demanda, conviniendo en los tres primeros puntos, y en cuanto al cuarto, dijeron que ellos sí le habían ofrecido a los demandantes la mitad de la mina de San José, pero que éstos no quisieron entrar en negociación ninguna, por lo cual vendieron a Gil una cosa que les correspondía.

El demandado Gil presentó excepciones dilatorias, que fueron declaradas no probadas por el Juzgado y por el Tribunal.

Seguido el juicio por los trámites respectivos, el Juez falló la primera instancia, declarando nulo el contrato contenido en la escritura número 123, de diez y nueve de enero de mil novecientos veintisiete, por la cual los Zuluagas y Gil formalizaron el anterior contrato verbal de las doce acciones, declarando que la adjudicación hecha por la Gobernación a favor de Gil por las doce acciones, debe entenderse hecha a favor de los vendedores Zuluagas, y que éstos están obligados a vender a los demandantes, por la suma de ciento veinte pesos ($ 120) que ofrecen pagar, las doce acciones de la mina de San José, acciones que los actores han retraído como consocios en tal mina.

El demandado Gil apeló de la sentencia del Juzgado, y el Tribunal de Medellín, cumplida la tramitación del caso, falló en segundo grado, con fecha quince de octubre de mil novecientos veintinueve, revocando la sentencia apelada y negando las peticiones de la demanda.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante, recurso que fue admitido por la Corte.

El recurrente acusa el fallo por la causal que consagra el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, por violación de leyes sustantivas y por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Como primer motivo de su acusación, dice el autor del recurso que el sentenciador no entendió que entre los Zuluagas, Piedrahita y Gómez, quienes avisaron y denunciaron la mina de San José, había una sociedad ordinaria de minas, por lo que incidió en error de derecho y en error de hecho manifiesto, errores por los cuales acusa el fallo. En error de derecho incurrió el Tribunal por no haber dado por establecida la sociedad ordinaria de minas, siendo así que, de conformidad con la ley, ella se forma **ipso jure**; y en error de hecho, porque no estimó que por el aviso y denuncio, que están comprobados en el expediente, quedó establecida la sociedad ordinaria, cuando en realidad esto fue lo que aconteció.

"Como consecuencia de esos errores, el Tribunal violó las siguientes leyes sustantivas:

"a) El artículo 251 del Código de Minas, por haberlo interpretado erróneamente. También violó esta disposición por modo directo.

"b) Los artículos 283 y 33, en su numeral 6º del mismo Código, por haberlos interpretado erróneamente; los 275 y 276, violados directamente; el 174 ibidem, por omisión, pues no lo aplicó al pleito, siendo el caso. De la misma manera, por no haberlos aplicado, violó los artículos 2083 y 2332 del Código Civil, que tratan de las sociedades de hecho y de las comunidades."

El Tribunal sostiene que para que haya lugar al retracto de minas, se requiere entre los socios el previo convenio de la elaboración; que cuando este acuerdo se ha verificado sin ninguna solemnidad, surge la sociedad o compañía ordinaria de que trata el artículo 251 del Código de Minas, y a tal reunión le es aplicable lo dispuesto en el artículo 275 del mismo Código, sobre retracto.

Luégo añade:

"La sola reunión de personas para el aviso y denuncio de minas, no constituye por sí solo sociedad. A este respecto acoge el Tribunal la Resolución administrativa de 24 de mayo de 1889, publicada en el **Diario Oficial** número 7811, y concebida en estos términos:

'El Código de Minas reconoce dos maneras, entre otras, de hacer los denuncios. Es la primera, cuando una mina se pretende para varios (artículo 33, inciso 5º), y es la segunda, cuando el denuncio se hace en nombre de una sociedad ordinaria (artículo 33, inciso 6º). Y esta distinción, claramente establecida por la ley, comprueba que el hecho de incluír varios individuos en el aviso y denuncio de una mina, no establece **ipso jure**, entre ellos, lo que la ley llama sociedad ordinaria de minas. El mismo Código exige el cumplimiento de formalidades expresas para dar por constituída tal sociedad (artículo 283). La confusión que pudiera haber en esto se aclara, si se tiene en cuenta que las disposiciones del capítulo XVI del Código de Minas, se refieren únicamente a las compañías que elaboran minas, y esas disposiciones no son aplicables a los denuncios, sino cuando se trata de compañías legalmente organizadas que los hayan hecho.'"

Estima la Corte que el artículo 33 del Código de Minas establece en sus ordinales 5º y 6º una diferencia notoria entre una mina que va a denunciarse para varios individuos, y otra que se pretenda para una sociedad ordinaria.

Dice el ordinal 5º:

"Se expresarán los nombres de todos los socios, cuando la mina se pretenda para varios, y la acción que cada uno representa, lo cual no impide que se hagan alteraciones a este respecto en lo sucesivo."

De modo que no todos los que se asocian para avisar y denunciar una mina constituyen una compañía ordinaria minera.

Estas son las que se fundan comúnmente para el laboreo de las minas, sin los requisitos necesarios, para que puedan considerarse como colectivas, en comandita o anónimas, pero siempre tienen como objetivo el laboreo, la explotación de los yacimientos minerales.

Cuando una mina se denuncia para varios, se expresarán los nombres de todos los socios y la acción que cada uno representa, lo cual no impide que se hagan alteraciones a este respecto en lo sucesivo, dice el inciso 5º del artículo 33 del Código de Minas; de manera que, antes de la expedición del título, por simples memoriales dirigidos a la autoridad administrativa correspondiente, se pueden hacer por los denunciantes las alteraciones a que haya lugar, ya introduciendo nuevos socios por cesión de acciones, ya haciendo cambios en la cuantía de éstas, sin que tal procedimiento, que permite la ley y es de ordinaria ocurrencia, pueda considerarse como venta de derechos de los socios que esté sujeta al retracto.

Dijo esta Corte en sentencia de casación de veintisiete de noviembre de mil novecientos trece, **Gaceta Judicial**, tomo 23, página 361:

"Si antes de titularse una mina no tiene el descubridor de ella sino la expectativa de obtener la propiedad y la posesión regular, bien puede, usando del derecho que confiere el inciso 5º del artículo 33 del Código de Minas, hacer por memoriales dirigidos al Gobernador indicaciones respecto de las personas a quienes debe adjudicarse la mina, y de las acciones que cada una de ellas representa; ceder el todo o parte de sus derechos, sin que ello implique, por no tratarse de tradición del dominio, el quebrantamiento del artículo 2577 del Código Civil, que exige escritura pública para todos los actos y contratos relativos a la enajenación o mutación de la propiedad de bienes inmuebles."

En suma: la compañía ordinaria de minas no se forma por el solo concierto de dos o más personas para avisar, denunciar y titular una mina; es preciso que se organicen con el objeto de laborar la mina, y entonces se sujetan a las estipulaciones que consignen en los respectivos compromisos antes de emprender el laboreo, y si no hubiere compromiso previo, quedan sometidos a las reglas del capítulo XVI del Código de Minas, que establece los derechos y las obligaciones de las compañías que **elaboran** minas (artículo 254 del Código citado).

Son compañías ordinarias, dice el artículo 251 de dicha obra, las que se forman comúnmente para el laboreo de las minas, sin los requisitos necesarios para que puedan considerarse de otra especie. De modo que a la luz de las disposiciones que se han analizado, los individuos que se reúnen para avisar, denunciar y obtener la titulación de una mina, sin el objeto de explotar o laborar esa mina, y sin la organización necesaria para ello, no constituyen, no forman una sociedad ordinaria de minas, que esté sometida a las prescripciones del capítulo XVI del Código de Minas, entre las cuales se hallan los artículos 275 y 276, que el recurrente estima violados, por haber dejado de aplicarse al caso del pleito.

El Tribunal, por lo tanto, no incurrió en los errores de hecho y de derecho que el recurrente señala, por no haber estimado que por el aviso y denuncio de la mina de **San José**, dados por los señores Piedrahita, Zuluagas y Gómez C., quedó establecida entre ellos una sociedad ordinaria de minas, ni ha quebrantado los artículos del Código de Minas y del Civil, que el autor del recurso considera infringidos a consecuencia de los errores mencionados.

Los cargos contenidos en los demás motivos expuestos en la demanda de casación, descansan todos sobre la base de que es una compañía ordinaria de minas el concurso de dos o más personas para avisar y denunciar una mina, y que por el solo hecho de avisar y denunciar una mina por varias personas, aunque no se propongan explotarla o laborarla, se forma entre ellas una sociedad ordinaria de minas. Concepto que queda rebatido en la primera parte de este fallo, por lo cual es innecesario entrar en el estudio de dichos motivos.

Pero no está por demás contestar el argumento que formula así el autor del recurso:

"Si no existiera la sociedad ordinaria de minas por ministerio de la ley, por el sólo hecho de que dos o más personas avisen o denuncien una mina en común, lo que un socio hiciera por conservar la propiedad o posesión de la mina, sin haber antes formalizado la sociedad, nombrando director o presidente de ella, solamente aprovecharía a él y no a todos los que la hubieran avisado o denunciado, u obtenido la posesión, o adquirido el título. Pero el artículo 285 dice lo contrario. Y como lo que sucede comúnmente es que la sociedad no se formaliza sino después de que el título se ha obtenido, la ley manda que lo que se haga por un socio o compañero con el objeto de conservar la posesión, aproveche a todos."

Considera la Corte que, si bien como se ha dicho, por el solo hecho del denuncio y del aviso de una mina, dados por varias personas, no se forma la sociedad ordinaria de minas, no por ello deja de existir entre los avisantes y denunciantes una comunidad respecto de los derechos que otorgan esos actos, y una comunidad en la mina, una vez obtenido y registrado el título, y de allí los principios que rigen toda comunidad, entre otros, el de que las gestiones de uno de los comuneros en pro de la cosa común aprovecha a todos, como lo estatuye el artículo 295 del Código de Minas, y lo establecen los respectivos artículos del Código Civil. Y aunque el Código de Minas llama socios a tales comuneros, es lo cierto que no lo son de una compañía ordinaria que, como se repite, es la que se forma comúnmente para el laboreo de una mina, sin los requisitos de las demás compañías, como lo reza el artículo 251 del Código de la materia; y esas sociedades y las demás que se constituyen para explotar, para laborar las minas, son las que están sujetas a las prescripciones contenidas en el capítulo XVI del Código de Minas.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el quince de octubre de mil novecientos veintinueve, y condena al recurrente en las costas del recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Manuel Vicente Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Antony Gibbs & Cª, sociedad de comercio de Nueva York, demandó por medio de apoderado a los señores Francisco S. Márquez y Antonia viuda de Acevedo, para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que es nula, de nulidad absoluta, y por consiguiente de ningún valor ni efecto, por faltarle los elementos esenciales de consentimiento, causa y precio, el contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura pública número veintinueve (29) de doce (12) de marzo de mil novecientos treinta (1930), otorgada en la Notaría de este Circuito; contrato por medio del cual Francisco S. Márquez dijo transferir a título de compraventa a Antonia P. viuda de Acevedo, los bienes raíces, muebles y semovientes determinados en el punto noveno de la exposición de hechos de esta demanda.

"2ª Que es asimismo nula la tradición de los bienes en referencia por el fingido vendedor Francisco S. Márquez a la compradora aparente Antonia P. viuda de Acevedo, por carecer ese acto de las condiciones subjetivas o mo-

rales necesarias, es decir, de la determinación de la voluntad del tradente de transferir la propiedad y del adquirente de adquirirla.

"3ª Que como consecuencia de lo anterior, los bienes de que trata la escritura pública número 29 ya citada, con todas sus anexidades y dependencias y con sus frutos naturales y civiles producidos desde el día del contrato simulado, pertenecen a Francisco S. Márquez.

"4ª Que debe cancelarse, dentro del tercer día, a partir de la notificación de la sentencia, la escritura número 29, de doce de marzo de mil novecientos treinta y la nota de registro correspondiente; y

"5ª Que los demandados están en la obligación de pagar las costas de este juicio si lo afrontan."

El Juez falló absolviendo a los demandados, fundado, principalmente, en que no se había acompañado copia de la escritura número 29, de fecha doce de marzo de mil novecientos treinta, y el Tribunal de Pasto, que conoció del asunto en grado de apelación, confirmó el proveído del Juez.

Recurrió en casación el demandante, recurso que fue admitido y que hoy se estudia por estar terminada la tramitación correspondiente.

Consideró el Tribunal que la acción podía estudiarse desde dos puntos de vista, a saber: como procedente de uno de los acreedores de un concurso contra uno de los concursados, o como acción de un acreedor contra un acto del deudor que perjudica a sus propios intereses.

Contemplado el problema desde el primer plano, el sentenciador conceptuó que los acreedores de "Hijos de F. J. Márquez," tenían acción para ejercitar contra la sociedad los derechos que otorgan los artículos 2491 del Código Civil y 162 del Código de Comerçio, pero que no la tienen contra los socios colectivos individualmente considerados, y basó su fallo en que si bien los socios colectivos son responsables solidariamente con la sociedad, su responsabilidad no es permanente, sino que nace cuando los bienes sociales no son suficientes para saldar los créditos, convirtiéndose en una responsabilidad subsidiaria, y para respaldar esos conceptos se invoca la autoridad de varios expositores extranjeros de derecho comercial.

El recurrente considera que el Tribunal al sostener esa tesis quebrantó el artículo 2491 del Código Civil y 162 del Código de Comercio, por cuanto la solidaridad de los socios de una sociedad colectiva de comercio, es permanente y no subsidiaria, como lo afirma el sentenciador, y para la Sala el reparo del recurrente es jurídico.

En efecto, el artículo 487 del Código de Comercio imperativamente dispone que los socios colectivos señalados en la escritura social y en las diligencias de publicación, son responsables solidariamente de todas las obligaciones contraídas legalmente bajo la razón social, lo que está indicando sin lugar a vacilaciones, que desde el momento mismo en que nace a la vida jurídica, por el lleno de las formalidades exigidas por la ley para su creación, la persona jurídica denominada sociedad colectiva de comercio, los socios son responsables solidariamente por las obligaciones que esa persona contraiga, ya que la solidaridad de los socios es de la esencia de las compañías colectivas de comercio, y nace en el mismo momento en que nace a la vida jurídica y a la comercial la sociedad misma, y tan de la esencia de la compañía colectiva de comercio es la solidaridad de los socios colectivos para con terceros por las obligaciones contraídas por la sociedad, que la ley la ha considerado como de orden público y por ello ordena que en ningún caso podrán los socios derogar por pactos la solidaridad en las sociedades colectivas.

La razón del legislador es clara: hay que garantizar los derechos de los terceros que negocian con la sociedad colectiva y hacerles saber que sus obligaciones están respaldadas con los bienes sociales y con los bienes particulares de cada uno de los socios, más cuando en la práctica, el capital social que se hace figurar en la escritura social es exiguo, para eludir el pago de los derechos fiscales, y en esas condiciones bien se comprende que esas sociedades así constituídas no llenarán los fines comerciales para que fueron constituídas, pues nadie se atrevería a negociar con una entidad que apenas respondiera a terceros hasta el monto del capital que figura en la escritura de constitución, comúnmente limitadísimo, por lo atrás dicho. En el hecho y en la práctica de los negocios, la respetabilidad de una compañía colectiva de comercio está en razón directa de la respetabilidad de los socios y de sus capacidades económicas, y por esto se ha considerado esta sociedad como sociedad constituída **intuite personae.**

Por otra parte el sentenciador también conceptuó que el artículo 2491 del Código Civil, no tenía aplicación respecto del socio colectivo señor Francisco S. Márquez, porque contra él no se había dictado auto de declaración de quiebra, sino contra la sociedad, persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, ya que la disposición se refiere a los actos del deudor declarado en quiebra o que ha hecho cesión de bienes.

Este concepto se acusa igualmente como violatorio de las disposiciones atrás citadas, y en verdad que para la Sala es fundado el cargo, porque si bien es evidente que la sociedad colectiva es una persona jurídica distinta de los socios, fuerza es reconocer que el vínculo solidario que une la persona jurídica a cada uno de los socios colectivos, hace que el acreedor de la sociedad pueda demandar de cualquiera de los socios colectivos la totalidad de la deuda, que es la característica de la solidaridad, y en ese evento, aunque es cierto que el socio colectivo personalmente no ha sido declarado en quiebra, sus bienes personales sí responden por las obligaciones de la sociedad y corren las consecuencias del concurso, y por ello el numeral 6º del artículo 64 de la Ley 40 de 1907, vigente cuando se dictó el auto de quiebra (octubre 20 de 1930), ordenaba que se ocuparan los bienes de los socios colectivos que aparecieren como responsables de las resultas del negocio, en el contrato de sociedad, disposición que pregona, de manera inequívoca, que los bienes de los socios colectivos seguirán la suerte del concurso abierto a los bienes sociales, y esto para evitar que los socios colectivos puedan disponer de sus bienes en perjuicio de los acreedores, pues si se aceptara la doctrina del Tribunal, en el hecho desaparecería la solidaridad de los socios colectivos (elemento de la esencia de esas compañías), ya que declarada la quiebra de la sociedad o verificada la cesión de bienes, los socios podrían disponer de sus bienes propios; en perjuicio de terceros, haciendo nugatorio el ejercicio de la acción pauliana reconocida por el artículo 2491 del Código Civil, o la de revocación de que trata el artículo 162 del Código de Comercio, puesto que el socio colectivo ni había hecho cesión de bienes, ni había sido declarado en quiebra.

Se alega que la quiebra de la sociedad no implica la de los socios colectivos, puesto que la sociedad es una persona distinta de los socios individualmente considerados, y que el capital social es también distinto del de los socios.

Todo esto puede ser cierto, en principio, pero la solidaridad que liga a los socios colectivos a la sociedad respecto de terceros, ha hecho que la jurisprudencia se haya inclinado a considerar que la quiebra de la sociedad compromete el haber de los socios colectivos respecto de los acreedores de la sociedad, y que los bienes de éstos hacen parte de los bienes del concurso.

En estos términos se expresan los comentaristas franceses estudiando artículos iguales a los nuestros, respecto de sociedades colectivas y su quiebra:

"Sin duda, la sociedad colectiva tiene una personalidad distinta de la de los asociados de responsabilidad ilimitada, como en las sociedades de responsabilidad limitada. Pero cuando los socios son obligados personalmente por las deudas de la sociedad, las deudas sociales son deudas personales, y no se concibe que haya cesación de pagos en la sociedad sin que haya cesación de pagos de los asociados, y esta conclusión sólo comporta una restricción impuesta por la jurisprudencia, cual es que los acreedores de la sociedad para poder perseguir a los asociados personalmente, deben ante todo constatar, contradictoriamente con el Gerente, la existencia, monto y carácter social de la deuda. (Houpin, Bosneux y Lyon-Caen & Renault, Bradar y Vavasseur, tomo 1º, tomo 8º, tomo 1º y tomo 1º, respectivamente."

Los acreedores de la sociedad tienen derecho para hacerse pagar con los bienes personales de los asociados. Este derecho de los acreedores sociales, no está en contradicción con la separación que existe entre el activo social y el activo personal de los asociados.

La sociedad no es dueña de los bienes que los socios no le han aportado, ella no puede enajenarlos ni hipotecarlos; ¿cómo puede afectarlos al pago de sus deudas? Porque los socios han aportado a la sociedad su responsabilidad personal y han dado mandato al Gerente o a los administradores, para obligarlos personalmente, al mismo tiempo que a la sociedad. Se reputan haber contraído por medio de sus mandatarios todos los compromisos de la sociedad para con terceros.

La Sala no puede menos de acoger esos conceptos y esta jurisprudencia, pues bien es cierto que mientras la sociedad cumpla sus compromisos, debe considerarse como una persona distinta de los socios individualmente considerados, y su haber social distinto del haber personal de cada socio, pero declarada en quiebra, los socios vienen a ser, respecto de los acreedores sociales, codeudores solidarios, lo que vale decir que las deudas sociales deben considerarse como deudas propias y personales debido a la solidaridad, y como consecuencia de ello sus bienes particulares afectos al pago de las deudas sociales, que son deudas propias y personales de los socios respecto de los acreedores sociales. Para los acreedores sociales declarada en quiebra la sociedad, sólo hay un deudor, que es cualquiera de los codeudores solidarios y este carácter jurídico lo tienen los socios colectivos de la sociedad quebrada, en virtud del vínculo de la solidaridad que los hace aparecer a los ojos de los acreedores sociales como una sola persona obligada por el monto de la acreencia.

¿Tiene respaldo esta solución en nuestra legislación positiva? No se puede vacilar en contestar afirmativamente.

El artículo 64 de la Ley 40 de 1907, vigente cuando se decretó la quiebra de "Hijos de F. J. Márquez," ordenaba que cuando la persona concursada fuere una sociedad colectiva, se ocuparan los bienes de los socios que aparecieren responsables de las resultas del negocio en el contrato social. ¿Con qué objeto? Con el de considerarlos embargados y sacarlos del comercio para que respondieran por las deudas sociales.

El artículo 142 del Código de Comercio ordena que cuando la quiebra sea de una sociedad colectiva, se indique el nombre y domicilio de cada socio colectivo, y algún objeto ha de tener esta prescripción y no es otro que el de embargar los bienes propios de los socios obligados solidariamente.

El artículo 2488 del Código Civil dice:

"Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677."

Estas consideraciones llevan a la conclusión de que el Tribunal al considerar que la solidaridad de los socios colectivos no es permanente, sino que nace cuando nace "la responsabilidad insoluta de la sociedad," y que la responsabilidad solidaria de los socios es subsidiaria, términos y situaciones éstos que en derecho no se pueden hermanar, quebrantó los artículos 2491 del Código Civil y 162 del Código de Comercio, y ello es suficiente para infirmar la sentencia.

En instancia se prohijan las razones dadas en casación, observándose que en el auto en que se declaró en quiebra a la sociedad de "Hijos de F. J. Márquez," se ordenó embargar los bienes personales de cada uno de los socios colectivos, de acuerdo con el artículo 64 de la Ley 40 ya citada.

Es un hecho demostrado y así lo reconoció el sentenciador, que el pasivo de la sociedad monta a doscientos cincuenta y tres mil trescientos treinta pesos ocho centavos ($ 253,330-08), y que los bienes manifestados para el pago sólo ascienden a ciento setenta y tres mil ciento treinta y siete pesos cinco centavos ($ 173,137-05), quedando un saldo de consideración a cargo de la sociedad, saldo que pudiera cubrirse con el valor de los bienes propios del socio colectivo Francisco S. Márquez, bienes sustraídos al pago de las deudas sociales por virtud de la venta hecha con antelación a la declaración de quiebra, y dentro de los plazos señalados en la ley civil y comercial.

Y el socio Márquez sabía antes de ese contrato de venta el mal estado de los negocios de "Hijos de F. J. Márquez," porque él estuvo arreglando con el apoderado de Gibbs & Co. la acreencia que hoy cobra la casa, y es de toda evidencia que ese contrato perjudica a los acreedores, puesto que le sustrae al fondo de la sociedad una suma de consideración con la cual se podría cubrir el total o la mayor parte de la deuda.

El hecho de que la deuda de Gibbs & Co. esté asegurada con hipoteca, no es óbice para que se anule el contrato celebrado en perjuicio de los acreedores.

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, falla:

Primero. Infírmase la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de fecha doce de junio de mil novecientos treinta y tres.

Segundo. Revócase la sentencia de primera instancia.

Tercero. Declárase rescindido, por haberse celebrado de mala fe y en perjuicio de los acreedores, el contrato que se hizo constar en la escritura número veintinueve de doce de marzo de mil novecientos treinta, otorgada en la Notaría de Pasto, por medio de la cual Francisco S. Márquez dijo vender a Antonia P. viuda de Acevedo los bienes raíces muebles y semovientes allí determinados.

Cuarto. Declárase nula la tradición de los bienes en referencia.

Quinto. Como consecuencia de lo anterior, los bienes de que trata la escritura número 29 ya citada, con todas sus anexidades, dependencias, frutos civiles y naturales producidos desde el día del contrato, pertenecen a Francisco S. Márquez.

Sexto. Cancélase la escritura número 29, de doce de marzo de mil novecientos treinta, de la Notaría de Pasto y la nota de registro correspondiente, tres días después de ejecutoriado el auto que mandá obedecer y cumplir esta sentencia.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Bogotá solicitó el Banco Hipotecario de Colombia se decretara la venta en pública subasta de la finca denominada **Los Olivos**, situada en el Municipio de Viotá, hipotecada a dicho Banco por el señor Alberto Abondano para garantizar el pago de la suma de catorce mil novecientos ochenta y cuatro pesos cincuenta y cinco centavos ($ 14,984-55), con intereses de la deuda, conforme a la escritura número 2675, de veintinueve de octubre de mil novecientos veinticinco, Notaría 2ª de Bogotá.

Dicha demanda fue admitida, y decretada la venta en providencia de fecha veintisiete de enero de mil novecientos treinta y uno.

En febrero del mismo año fue admitida la tercería coadyuvante que los señores José Vicente y Luis Nariño Ortiz propusieron en aquel juicio para el pago de la suma de catorce mil pesos ($ 14,000) con intereses de demora, asegurada con hipoteca de la misma finca de **Los Olivos**, por el señor Alberto Abondano, según la escritura número cuatro mil cincuenta y cuatro (4054), de veintiocho de noviembre de mil novecientos veintiocho, Notaría 1ª de Bogotá, crédito cedido después al señor Alfonso Tavera G. Aceptada esta última demanda por la vía ordinaria, el Juez dictó sentencia de prelación con fecha cuatro de septiembre de mil novecientos treinta y uno, en la cual reconoció el crédito del Banco Hipotecario de Colombia y el cedido al señor Tavera, y ordenó que se pagaran con intereses y costas particulares con el producto de la finca hipotecada.

En octubre siguiente del mismo año de mil novecientos treinta y uno, el doctor Ernesto Ruiz Manrique, como apoderado de la Sociedad Schlubach & Compañía, de Hamburgo, pidió que a los juicios anteriores se acumulara el promovido por dicha Compañía sobre venta en pública subasta de las cosechas de la hacienda de **Los Olivos**, dadas en prenda por el señor Alberto Abondano como Gerente de la Sociedad Compañía de la hacienda de **Los Olivos**, para asegurar a la Compañía primeramente citada la suma de veinticinco mil pesos ($ 25,000) oro colombiano, con intereses, al tenor de la escritura número 1123, de seis de marzo de mil novecientos veintinueve, Notaría 4ª de Bogotá. Pedido el expediente al Juzgado que conocía de este juicio, el Juez 1º de Bogotá decretó la acumulación demandada en providencia de fecha treinta de noviembre de mil novecientos treinta y uno, la cual fue notificada personalmente al apoderado de Schlubach & Compañía, pero no se dio en seguida traslado de la tercería en que quedó convertido el juicio acumulado, al ejecutante, ejecutado y tercerista, como lo ordena el artículo 222 de la Ley 105 de 1890, vigente cuando se interpuso la acumulación. En este estado el asunto, y como el ejecutado y el apoderado de Schlubach & Compañía interpusieron apelación de la sentencia de prelación, el Juez concedió el recurso.

Ante el Tribunal se abrió a prueba el negocio, y en el término correspondiente, el apoderado del ejecutado y el de Schlubach & Compañía pidieron pruebas. Concluída la instancia, el Tribunal, por sentencia de fecha cinco de diciembre de mil novecientos treinta y dos, confirmó la de primera instancia, sin costas. El apoderado de Schlubach & Compañía pidió aclaración de dicho fallo para que se dijera porqué no se había reconocido el crédito de dicha Compañía, y cuándo debía pagarse. El Tribunal negó tal aclaración, fundándose en que cuando se dictó la sentencia de prelación en el Juzgado, no se había decretado la acumulación del juicio de Schlubach & Compañía, y porque la decisión de esa tercería debía venir con posterioridad al fallo de que se trata.

El apoderado de Schlubach & Compañía y el del ejecutado interpusieron recurso de casación contra el fallo que decidió la prelación. El Tribunal lo concedió y la Corte lo admitió. Ejecutoriado el auto respectivo, procede a resolver sobre tales recursos.

Ambas partes invocaron las causales primera y segunda de que trata el artículo 520 del Código Judicial, o las que reconocía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, para el caso—dicen—de que sea esta la Ley vigente y aplicable al caso. Acusan la sentencia por violación de ley sustantiva, ya directamente, ya por razón de errores en la apreciación de las pruebas. El apoderado de la Casa Schlubach & Compañía alega con el nombre de causal tercera el hecho de haberse negado el Tribunal a decretar la nulidad del título en que se funda la demanda del tercerista Tavera G.; pero esta alegación es fundamento de la causal primera y no constituye la causal tercera de casación, que es la que implica contradicción en la parte resolutiva del fallo.

Causal segunda.

La hace consistir el apoderado del ejecutado en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; porque desde el momento—dice—en que el demandante, el demandado y los terceristas se sometieron a un juicio de venta

en pública subasta, la sentencia ha debido recaer sobre el objeto especial de la naturaleza de este juicio, que no es otro que el de decidir de las acciones reales que puedan existir a favor de los demandantes sobre la finca de propiedad del demandado. Y está plenamente demostrado—continúa el autor del recurso—que no existe hipoteca a favor del tercerista Alfonso Tavera, por no haberse determinado el objeto de ella. Luego el Tribunal, al ordenar pagar con el producto de la renta (sic) el crédito de que es cesionario el señor Tavera, viola el cuasicontrato de la **litis contestatio**, porque reconoce y manda pagar un crédito que es simplemente personal. Por este aspecto—dice el recurrente—el Tribunal violó de modo directo los artículos 1494 y 1502 del Código Civil.

El otro recurrente funda la causal segunda en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en que desde el momento en que la Sociedad Schlubach & Compañía fue admitida como parte en el juicio, tenía personería para alegar y pedir la declaratoria de nulidad de la hipoteca que se pretendió constituir por medio de la escritura número 4054, tántas veces citada. Y al trabarse así la litis, la sentencia de segunda instancia ha debido recaer sobre la declaratoria de nulidad solicitada en el alegato, que obra a los folios 13 y 14 del cuaderno número 6, ya que la excepción de nulidad puede proponerse en cualquier tiempo, en ambas instancias, según el artículo 341 del nuevo Código Judicial. Además, dice el recurrente, que estando probados los hechos que constituyen esa excepción, el juzgador debió declararla probada, lo mismo que el Tribunal, de acuerdo con los artículos 51 de la Ley 105 de 1890 y 343 del Código Judicial. Las disposiciones anteriores se violaron—continúa el autor del recurso—por no haberse declarado probada dicha excepción en lo referente al crédito de que es cesionario el señor Alfonso Tavera G., y, como consecuencia, las que cita en la causal anterior. Termina el recurrente diciendo que, como consecuencia también de la causal segunda, se violaron de modo directo los artículos 2663 y 2665 del Código Civil.

En orden a lo alegado por el demandado Abondano para fundar la causal segunda, observa la Corte que el Tribunal no dejó de resolver sobre el reconocimiento de los créditos del Banco Hipotecario de Colombia y el que cobra el señor Alfonso Tavera G., como cesionario de los señores Nariño Ortiz, que fueron aquellos sobre los cuales se trabó la litis, para que así el fallo pudiera ser atacado por la causal segunda. Y si no resolvió sobre la excepción de nulidad de la hipoteca, se debió a que no estaba obligado a hacerlo, porque el demandado fue parte en el contrato de hipoteca, y por lo mismo no podía alegar como absoluta esa nulidad. La Corte tiene resuelto que las únicas excepciones que no puede fallar el sentenciador, aunque se hallan acreditadas en el proceso, son aquellas que el demandado no pudo proponer, ni al contestar la demanda ni en la primera mitad del término probatorio, como la nulidad absoluta, cuando el demandado ha intervenido en el acto o contrato nulo. (Véase casación, de 12 de julio de 1920, tomo XXVIII, página 103, 2ª).

Y si el demandado, que fue parte en el contrato, no podía en las instancias alegar esa excepción, tampoco lo puede en casación. Por otra parte, el haber violado el Tribunal las disposiciones que el recurrente cita en este cargo, sería por errores de hecho o de derecho, que son materia de la causal primera y no de la segunda. En cuanto al fundamento en que el apoderado de la Casa Schlubach & Compañía apoya la causal segunda, observa la Corte que él corresponde propiamente a la causal primera, porque el Tribunal dice que no falló sobre esa nulidad, porque "nadie la alegó"; y como sí la alegó el apoderado de dicha Casa en la segunda instancia de este juicio, pudo el Tribunal haber incurrido en error de hecho al no tener en cuenta esa alegación; mas este error es motivo de la causal primera y no de la segunda. Por esa misma causal pudo haber violado el Tribunal las disposiciones sustantivas que dicho recurrente cita en el cargo, pero no por la causal segunda. Por eso no procede el cargo.

Causal primera.

Con apoyo de esta causal el mismo recurrente acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho, que aparecen comprobados.

Invoca el recurrente en apoyo de esta causal la omisión que halló el Tribunal en parte de la determinación de los linderos de la finca de **Los Olivos**, hipotecada para asegurar el crédito de los terceristas Nariño Ortiz con las pruebas que se produjeron en segunda instancia y el concepto del mismo sentenciador, de que conforme a la ley civil es nula dicha hipoteca, concepto que termina así:

"De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, la nulidad debe ser declarada por el Juez de oficio 'cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, a petición de todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha celebrado el acto o contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba,' o a petición del Ministerio Público.

"No se puede declarar de oficio la expresada nulidad, porque ella no aparece de manifiesto en el acto o contrato. Para llegar al conocimiento de la causa que la produce, ha sido necesaria la práctica de las pruebas ya mencionadas."

De los apartes transcritos se deduce claramente—dice el autor del recurso—que el Tribunal acepta como causal de nulidad absoluta de la hipoteca, la de no haberse expresado en el instrumento los linderos de la finca sobre que recae el gravamen; que en la parte de derecho no hay discusión, sin que haya necesidad de reforzar la tesis, pero que el sentenciador dice que en el presente caso la nulidad "no aparece de manifiesto en el acto o contrato," con lo cual incurre en error de hecho manifiesto al apreciar la escritura número 4054, de veintiocho de noviembre de mil novecientos veintiocho, de la Notaría 1ª de Bogotá, porque esta escritura, en su cláusula cuarta, dice:

"Que, con efecto, el compareciente Alberto Abondano, en cambio de la prenda constituída sobre las ochenta y tres (83) acciones ya citadas, las cuales ha recibido de los acreedores, constituye en favor de los señores Luis y José Vicente Nariño, segunda hipoteca sobre la hacienda de **Los Olivos**, situada en jurisdicción del Municipio de Viotá, Departamento de Cundinamarca, y alinderada actualmente así:

'Partiendo de un mojón colocado en la orilla de la quebrada **Ruidosa**, cerca del puente que comunica con la hacienda de **Arabia**, mojón marcado con la letra M en el costado occidental y con una O en el costado orien-

tal, **y una línea recta** (subrayo), de Sur a Norte, que forma un ángulo azimutal y cinco minutos (4° 45') (sic) en grados centesimales, a encontrar la línea divisoria entre las dos haciendas nombradas, de **Los Olivos** y **La Magdalena**, con la hacienda de **Costarrica**, o sea el lindero sur de esta última hacienda, punto que se determina con un mojón colocado a corta distancia del sitio denominado **Carberino**, mojón que tiene las cifras siguientes: C.R., hacia **Costarrica**; M., hacia **La Magdalena**, y O., hacia **Los Olivos**, desde el mojón primeramente citado, colocado a la orilla de la quebrada **Ruidosa** hasta el otro extremo de la línea divisoria sobre el lindero de **Costarrica**, a una distancia de ochocientos noventa y cuatro (894) metros, como queda dicho, un ángulo azimutal de Sur a Norte, de cuatro grados cuarenta y cinco minutos (4° 45') en grados centesimales, línea que separa las doscientas fanegadas que fueron segregadas en el globo de **Los Olivos** por medio de escritura número novecientos (900), de diez y ocho (18) de septiembre de mil ochocientos noventa y cuatro (1894), otorgada ante el Notario 4° del Circuito de Bogotá, fanegadas que pasaron a formar parte de la hacienda de **La Magdalena.**' "

Dice el recurrente que basta leer despacio el lindero anterior, para concluir que en él sólo se establece una línea recta de Sur a Norte; y que si se trata de una línea recta extendida entre dos puntos, por ningún motivo ella encierra un predio, que es el que debe ser comprendido por los linderos que en toda la hipoteca deben determinar la finca que es materia de ella. Que el error anterior lo reconoció el Tribunal, cuando en el fallo dijo:

. . . . . .

"Pero sucedió que al expresar los linderos de la finca hipotecada, en la cláusula 4ª de la escritura 4054, seguramente por error no fueron indicados en su totalidad, sino que se limitó la demarcación a uno de los costados de la finca: al lindero occidental, que está constituído por una línea recta. Esto quedó determinado, sin lugar a duda, con la diligencia de inspección ocular y con el dictamen pericial practicado en el término probatorio de esta segunda instancia."

Luego el Tribunal erró de hecho, con error evidente —continúa el autor del recurso—al declarar que "para llegar al conocimiento de causa que la produce (la nulidad), ha sido necesaria la práctica de las pruebas ya mencionadas," pues del mismo instrumento aparece que el lindero sólo comprende una línea recta que, como es natural, no puede encerrar un predio, y no era necesario, por tanto, la diligencia de inspección ocular ni el dictamen pericial para llegar al conocimiento de este hecho.

Dice el recurrente que, conforme a la Ley 108 de 1928, vigente cuando se inició la tercería del cesionario señor Alfonso Tavera G., para ordenar la venta en pública subasta debió presentarse, no sólo el título registrado en que conste el crédito, sino el certificado que ordenaba el artículo 3° de la Ley 105 de 1890 y el artículo 635 del nuevo Código Judicial, sobre suficiencia de dicho título, o que acreditara las condiciones establecidas en el artículo 789 del Código Civil.

Dedúcese de lo anterior—dice el autor del recurso—que al apreciar el Tribunal la escritura número 4054 de veintiocho de noviembre de mil novecientos veintiocho, Notaría 1ª de Bogotá, tuvo que ver el certificado que obra a los folios 21 y 22 del cuaderno número 1°, en que aparece que la señora Magdalena W. de Ortiz y Gabriel Ortiz convinieron en señalar como línea divisoria de los predios **Los Olivos** y **La Magdalena**, del Municipio de Viotá, la que allí se indica que es una línea recta que no encierra un predio. De modo que al no ver el Tribunal que, según la escritura de hipoteca número 4054 y el certificado anterior, no encerraba el predio hipotecado, no podía sostener que la nulidad no aparecía de manifiesto en el acto o contrato para que la declarara, y al incurrir en ese otro error de hecho en la apreciación de esos documentos citados, la escritura número 4054 y el certificado, violó directamente, por falta de aplicación, el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, e indirectamente los artículos 1501, 1502, 1740, 1741, 2534 y 2594 del Código Civil, y el artículo 3° de la Ley 105 de 1890, y el artículo 635 del Código Judicial. Tal es el primer motivo alegado en contra del fallo por el apoderado de la Casa Schlubach & Compañía.

En el segundo motivo, llamado por el recurrente **causal tercera**, que la Corte estima necesario considerar conjuntamente con el anterior, sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió, al apreciar la escritura número 4054, de veintiocho de noviembre de mil novecientos veintiocho, Notaría 1ª de Bogotá, en otros dos errores de hecho, diciendo que no podía decretar la nulidad de la hipoteca constituída para asegurar el crédito que cobra el señor Alfonso Tavera G., por no aparecer de manifiesto en el acto o contrato, y no haber sido alegada por nadie en el juicio. Resumiendo el fundamento de este cargo, dice el recurrente que el Tribunal no vio que en el alegato presentado por el mismo recurrente en la segunda instancia, folios 13 y 14 del cuaderno número 6, dijo, entre otras cosas:

"El segundo crédito, o sea el que hoy pertenece al señor Alfonso Tavera, consta en la escritura número 4054, de veintiocho de noviembre de mil novecientos veintiocho, Notaría de Bogotá. En este instrumento el demandante (sic) señor Abondano ratifica la deuda contraída antes por la escritura número 643, de veintinueve de febrero de mil novecientos veintiocho, de la misma Notaría, crédito éste que proviene del valor de cien acciones de la misma hacienda de **Los Olivos**, la que funcionó como sociedad anónima con domicilio en Bogotá. Para garantizar este último crédito, el señor Abondano dijo constituir sobre la misma hacienda de **Los Olivos**, y a favor de los señores Nariños, la hipoteca expresada, **pero en realidad, esa hipoteca no se constituyó, porque la finca no se determinó ni encerró por linderos, pues la delimitación que se hizo en la escritura sólo comprende el costado occidental de la hacienda**. Dados los hechos que comprueba la inspección ocular, hay que concluir que el crédito de los señores Nariños carece de garantía hipotecaria, porque la finca que en la escritura se citó como sujeta al gravamen, no fue determinada por sus linderos, ni cerró un predio en todos sus costados, ni se singularizó de manera alguna."

Arguye el recurrente que en ese mismo alegato citó las disposiciones de los artículos 2665 y 2663 del Código Civil, que reconocen la nulidad por falta de especificación de los linderos. Que más adelante se dijo en el mismo alegato:

"Las disposiciones citadas y que consideran sin ningún valor la hipoteca de una finca que no ha sido determinada por linderos precisos, no pueden ser más sabias,"

Y que al final del mismo alegato se pide que el Tribunal no tenga en cuenta el crédito de los señores Nariños, cedido al señor Alfonso Tavera G., en razón de que dicho crédito sólo contiene una obligación personal. En presencia de hechos tan claros, dice el recurrente, no es explicable que el Tribunal haya afirmado categóricamente que la nulidad no fue alegada, y por consiguiente incurre el fallo en error de hecho en la falta de apreciación del alegato citado. Que igualmente hay error de hecho, en no haber dado el Tribunal valor a la diligencia de inspección ocular y al dictamen pericial practicado en segunda instancia, relativos a la falta de indicación de los linderos completos de la finca hipotecada. En resumen, dice el recurrente que todos los errores anotados en los dos cargos anteriores llevaron al Tribunal a violar en la apreciación de esas pruebas las siguientes disposiciones: el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y los artículos 1501, 1502, 1740, 1741 a 1760, 2434, 2435, 2663, 2665 del Código Civil; 79 y 80 de la Ley 105 de 1890; 681 y 733 del antiguo Código Judicial; 111 de la Ley 105 de 1890; 630 632, 635, 722 y 730 del nuevo Código Judicial.

En orden a estos cargos, la Corte observa:

Aunque fuera cierto, que no lo es, que por la sola lectura de la escritura número 4054, de veintiocho de noviembre de mil novecientos veintiocho, Notaría 2ª de Bogotá, y certificado del Registrador de instrumentos públicos del Círculo de La Mesa, apareciera que sólo se fijaron por un costado los linderos de la finca hipotecada para garantizar el crédito de los señores Nariño Ortiz, no por eso puede deducirse error de hecho en el Tribunal al no decretar la nulidad de la hipoteca citada, no habiendo sido alegada oportunamente, pues siendo igual el principio sentado en el artículo 51 de la Ley 105 de 1890 al del 343 del nuevo Código Judicial, es aplicable al caso la jurisprudencia constante de la Corte, de que no es motivo de casación de una sentencia el hecho de que el Tribunal haya dejado de reconocer una excepción que no fue alegada oportunamente, aunque aparezca comprobada. (Véase, entre otras, casación de 17 de septiembre de 1919, **Jurisprudencia de la Corte**, número 1615).

Pero sostiene el apoderado de la Casa Schlubach & Compañía que él alegó la nulidad de la hipoteca constituída a favor de los señores Nariño Ortiz en la segunda instancia de estos juicios. Empero, la Corte contesta que habiéndose decretado apenas la acumulación del juicio de dicha casa, sin que se hubiera adelantado la sustanciación en primera instancia de la tercería en que quedó convertido ese juicio, para calificar el crédito respectivo y obtener la prelación sobre los demás, no se podía en segunda instancia fallar excepciones o acciones que no fueron materia de la primera instancia, aunque se hubieran alegado, porque ello privaría a los otros acreedores del derecho de alegar en la primera instancia lo que estimaran conveniente contra el crédito que cobra la Casa Schlubach & Compañía. No se sabe si quedará en firme dicho crédito, y si, por consiguiente, la expresada Casa quede con derecho a enervar el reconocimiento y prelación del crédito o créditos reconocidos en la sentencia que se revisa. En la oportunidad debida podrá hacerse, como lo observa el Tribunal.

No es, pues, fundado el cargo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar el fallo que es objeto del presente recurso. Las costas de él son de cargo de los recurrentes.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Doña Ana Uribe R., obrando como heredera única de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, demandó al señor José Joaquín Rodríguez Rey, para que en sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que debe resolverse, por falta de pago del precio, el contrato de compraventa que la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho ajustó con el señor José Joaquín Rodríguez Rey, en esta ciudad de Bogotá, por medio de la escritura pública número 1825, de diez y seis de agosto de mil novecientos diez y nueve, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Bogotá, con relación a una casa baja, de tapia, adobe y material, junto con el terreno en el cual está edificada, situada en la carrera quince (15), del barrio de San Victorino, de Bogotá, antigua carrera séptima (7ª) al Occidente, a espalda de la iglesia de La Capuchina (hoy San José), frente al antiguo Gasómetro (hoy colegio del Gobierno), y linda dicha casa, que tiene el número setenta y dos (72), así:

'Por el Oriente, con casa de Honorato Landínez; por el Sur, con casa de Anais Gutiérrez; por el Norte, con casa de Julián Lombana y por el Occidente, calle de por medio, con edificio del Gobierno, o sea la Escuela de Institutores Normal.'

"Segunda. Que, en consecuencia, la casa cuya situación y linderos se enuncian en la anterior declaración, debe ser restituída por el demandado señor José Joaquín Rodríguez Rey, con todas sus anexidades, mejoras y dependencias, a la herencia ilíquida de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, de la cual soy yo única y legítima representante, en mi condición de heredera universal, restitución que hará dentro del término que la sentencia fije.

"Tercera. Que dentro del mismo término que el fallo señale, el demandado debe restituír a la herencia ilíquida de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, de la cual soy yo única y legítima representante, en mi condición de heredera universal, todos los frutos que el inmueble ya relacionado y alinderado haya producido desde el día diez y seis de agosto de mil novecientos diez y nueve, fecha del contrato, cuya resolución demando, hasta el día en que se haga la restitución. La cuantía de los frutos se determinará dentro del juicio pericialmente o en juicio diverso.

"Cuarta. Que el demandado José Joaquín Rodríguez Rey debe pagar también a la herencia ilíquida de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, de la cual soy yo única y legítima representante, en mi condición de heredera universal, los perjuicios que a ella ha ocasionado con la infracción del contrato, cuya resolución demando, perjuicios que se fijarán pericialmente en este juicio o en juicio separado.

"Quinta. Que el demandado José Joaquín Rodríguez Rey debe pagarme el valor de las costas judiciales que

este litigio ocasione, si se opone a la acción que ejercito."

Son estos los hechos de la demanda:

"1º La señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, por medio de la escritura pública número 1825, de diez y seis de agosto de mil novecientos diez y nueve, de la Notaría 1ª de Bogotá, dijo vender a José Joaquín Rodríguez Rey la casa número 72 de la carrera 15, de esta ciudad, ya alinderada y relacionada en la declaración primera de este litigio.

"2º En ese contrato de compraventa, consignado en la escritura mencionada, se señaló como precio de la finca el de cuatro mil pesos ($ 4,000) oro, que el comprador José Joaquín Rodríguez Rey se obligó a pagar al albacea de la sucesión de la vendedora el día en que ésta falleciera, o treinta días después de conocido por el comprador citado ese albacea; garantizando el pago con hipoteca de la misma casa comprada.

"3º La señorita Rosadigna Rodríguez Camacho otorgó su testamento en esta ciudad de Bogotá el día diez de agosto de mil novecientos veintisiete, por medio de la escritura pública número 2458, pasada en esa fecha ante el Notario 1º de Bogotá.

"4º En ese testamento abierto, la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho nombró como su albacea, con administración y tenencia de bienes, al doctor Luis Alberto Rodríguez Rey, a quien autorizó para cancelar la obligación hipotecaria que José Joaquín Rodríguez Rey contrajo en la escritura de compraventa, una vez que pagara este último la suma de $ 4,000 oro, precio de la compraventa, en la forma estipulada en la escritura pública número 1825, de diez y seis de agosto de mil novecientos diez y nueve, de la Notaría 1ª de Bogotá.

"5º En el mismo testamento la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho me nombró como su única y universal heredera.

"6º La señorita Rosadigna Rodríguez Camacho falleció en esta ciudad de Bogotá el día siete de septiembre de mil novecientos veintisiete.

"7º En esta misma fecha, el señor José Joaquín Rodríguez Rey tuvo noticia de que el albacea de la sucesión de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho era su hermano el doctor Luis Alberto Rodríguez Rey.

"8º El día siete de septiembre de mil novecientos veintisiete, el señor José Joaquín Rodríguez Rey pagó al doctor Luis Alberto Rodríguez Rey, en su condición de albacea de la sucesión de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, a cuenta del precio de la compraventa, que fue de $ 4,000 oro, la suma de $ 100.

"9º El plazo para el pago de la suma de $ 4,000 oro, precio de la compraventa, venció, por consiguiente, el día siete de octubre de mil novecientos veintisiete, de acuerdo con las estipulaciones del contrato contenido en la escritura pública número 1825, de diez y seis de agosto de mil novecientos veintisiete, de la Notaría 1ª de Bogotá.

"10. Ni en esa fecha ni en otra posterior, hasta el presente, el señor José Joaquín Rodríguez Rey ha pagado al albacea la suma de cuatro mil pesos ($ 4,000) oro, precio de la compraventa tántas veces citada.

"11. Por la circunstancia anteriormente indicada, el albacea con tenencia de bienes de la sucesión de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho no canceló en la forma mencionada, siete de octubre de mil novecientos veintisiete, la obligación hipotecaria por $ 4,000 oro a cargo de José Joaquín Rodríguez Rey, que en el día indicado debía satisfacer.

"12. El Notario 1º de Bogotá, doctor Gregorio Ospina E., el día ocho de octubre de mil novecientos veintisiete ha certificado que hasta esa fecha no se había cancelado la obligación hipotecaria en mención, constituída por la suma de $ 4,000, por medio de la escritura pública número 1182, de diez y seis de agosto de mil novecientos diez y nueve, otorgada ante el Notario 1º de Bogotá por el señor José Joaquín Rodríguez Rey en favor de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho.

"13. El juicio de sucesión testada de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho se inició ya ante el Juzgado 3º Civil de este Circuito y allí cursa.

"14. En ese juicio yo me presenté en mi condición de heredera única y universal de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, según la institución testamentaria ya nombrada, y allí acepté la herencia de la causante con beneficio de inventario.

"15. El doctor Luis Alberto Rodríguez Rey ejerció sus funciones de albacea de la sucesión de la señorita Rosadigna Rodríguez Camacho el mismo día siete de septiembre de mil novecientos veintisiete, en que ésta falleció. En ese carácter contrató el entierro de la causante, y le entregó a la suscrita heredera, a cuenta de la herencia, la suma de $ 100 oro, valor del precio de la compraventa de cuya resolución se trata.

"16. La casa materia del contrato de compraventa, cuya resolución demando, desde el año de mil novecientos diez y nueve hasta el presente ha estado arrendada por una suma mayor de $ 50 mensuales.

"17. El demandado señor José Joaquín Rodríguez Rey ha recibido durante ese tiempo el valor de los arrendamientos citados, desde el diez y seis de agosto de mil novecientos diez y nueve hasta el presente mes de octubre de mil novecientos veintisiete, y, por consiguiente, ha usufructuado la finca como dueño."

El demandado, al contestar la demanda, rechazó la acción deducida contra él.

El señor Juez 2º en lo Civil del Circuito de Bogotá pronunció sentencia absolutoria del demandado, el dos de noviembre de mil novecientos veintinueve.

Por apelación del apoderado de la demandante, subieron los autos al Tribunal Superior de Bogotá, quien, en sentencia de seis de junio de mil novecientos treinta y dos, falló así la controversia:

"Declárase probada la excepción de petición antes de tiempo y por este motivo absuelve al demandado de los cargos de la demanda.

"No se hace condenación en costas contra el demandante en la primera instancia.

"Queda en los presentes términos reformada la sentencia apelada.

"Tampoco hay costas contra el apelante en la segunda instancia."

Ambas partes interpusieron recurso de casación, que la Corte admitió en providencia de veintisiete de septiembre del año antepasado.

Es más lógico comenzar por el estudio del recurso del demandante, pues como éste sostiene que el pago no se verificó dentro del plazo contractual, no prorrogado por

el testamento, de ser cierto el cargo, él acarrearía la infirmación del fallo.

El recurrente invoca la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, pues la sentencia recurrida viola leyes sustantivas e incide en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

En primer término alega error de derecho y de hecho en la apreciación de los comprobantes sobre pago y violación de los artículos 1761 del Código Civil y 637 del Judicial.

Al efecto, expresa que el demandado afirma haber hecho el pago de la finca en cinco partidas de dinero, así: $ 349-10, el doce de septiembre de mil novecientos veintisiete; $ 600, el diez y seis del mismo mes de septiembre; $ 150-90, el veinte del propio mes; $ 600, el día treinta, y $ 2,300, el primero de octubre siguiente; y ha tratado de probar esas entregas con documentos privados expedidos por el albacea. Tales recibos y cartas forman los folios 15, 16, 17, 18 y 19 del cuaderno 1º. Ahora bien: esos documentos privados no tienen mérito ni fuerza probatoria, por más que hayan sido reconocidos y aceptados por quien los firmó, contra la sucesión representada por la demandante, ni contra ésta personalmente. Así lo enseña el artículo 1761 del Código Civil, que limita el valor o efecto probatorio de los documentos privados, restringiéndolo entre los que aparecen o se reputa haberlos suscrito. El Código Judicial actual, bajo cuya vigencia se dictó el fallo, llega hasta desconocer como elemento de pruebas judiciales los documentos de que se trata, pues en su artículo 637 reconoce fuerza de confesión judicial a los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes o de sus sucesores en los casos que allí se enumeran y guarda completo silencio acerca de la fuerza o valor de instrumentos privados que no contengan obligaciones, como pasa en el caso actual, puesto que se trata de papeles aducidos para acreditar la extinción de las obligaciones. De suerte que ni los papeles dichos ni las confesiones del albacea y de su hermano el demandado prueban ni pueden probar pago alguno por cuenta del precio de la compraventa que se quiere resolver. En consecuencia, el Tribunal, al declarar en su fallo que el recibo firmado por el albacea y presentado con la contestación de la demanda es plena prueba de que el albacea recibió el precio, apreció con error de hecho y de derecho el documento o los documentos referidos, con violación de los artículos 1761 del Código Civil y 637 del Judicial, los cuales interpretó erróneamente.

En la escritura de compraventa se pactó como medio exclusivo y único de acreditar el pago la escritura de cancelación que debía extenderse inmediatamente después que el comprador pagara la suma que debía, lo cual se ratificó imperativamente en el testamento. De donde resulta que el Tribunal, al desatender estas partes de la escritura de compraventa y del testamento de la vendedora, apreció mal dichas piezas, incurriendo también en errores de hecho y de derecho, con nueva violación de los textos susodichos.

En vía de examinar este motivo, la Sala considera lo siguiente:

La señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, en su testamento, instituyó albacea con administración y tenencia de los bienes al doctor Luis A. Rodríguez Rey y, con arreglo al artículo 1637 del Código Civil, reciben legítimamente los albaceas que tuvieren este encargo especial o la tenencia de los bienes del difunto.

Si los albaceas reciben de manera legítima en estos casos, natural y lógicamente tienen la facultad de expedir recibos de las sumas que se les entreguen, y tales recibos hacen fe contra la sucesión. Es dable aseverar que para el efecto de recibir, el albacea con tenencia de bienes representa a la sucesión. Si así no fuera, de nada les aprovecharía a los deudores de la sucesión pagar al albacea, porque quedarían expuestos a que los herederos desconocieran el pago, so pretexto de que son terceros y no les perjudican los recibos. Concedida por la ley a los albaceas con tenencia la potestad de recibir legítimamente, es preciso admitir las consecuencias del principio, una de ellas la de que los deudores quedan descargados de su obligación al pagar al albacea, y otra, la de que los herederos no pueden, en rigor y para este efecto, ser considerados como terceros contra quienes no sea posible aducir el recibo expedido por el ejecutor testamentario.

Así pues, como el albacea al reconocer los recibos a que se refiere este cargo, obró en representación de la herencia, semejantes recibos resultan por equivalencia jurídica opuestos a la parte que los firmó y el sentenciador no ha cometido, por este aspecto, error de derecho al acogerlos como prueba. El error evidente de hecho no procede aquí, pues si hubiera error, él sería de derecho. No ha habido, por tanto, quebrantamiento del citado artículo 1761. Ahora, si por circunstancias especiales el albacea no podía recibir, será punto que habrá de tratarse en otro lugar.

No cree la Sala, como el recurrente, que el actual Código Judicial haya desconocido los recibos como elementos de pruebas judiciales, ni tal podía hacer sin ponerse en pugna con primordiales nociones de la ciencia jurídica y con preceptos de legislación sustantiva. Los recibos son instrumentos privados y en ese concepto quedan encerrados en las prescripciones pertinentes del Código Civil (artículos 1761, 1762, 1763 y otros) y del de Comercio (artículos 209, 210, 211 y otros). Si el artículo 637 del actual Código Judicial se refiere en especial a documentos de obligación, el artículo 639 y los siguientes tratan de instrumentos privados en general y en ellos quedan comprendidos los recibos. Como el citado artículo 637 no era aplicable al caso, no pudo ser violado ni por omisión ni por comisión.

En la escritura número 1825, pasada en la Notaría 1ª de Bogotá el diez y seis de agosto de mil novecientos diez y nueve, por medio de la cual Rosadigna Rodríguez le vendió la casa de este pleito a José Joaquín Rodríguez Rey, el comprador se comprometió a pagársela al albacea de la sucesión de la vendedora el día del fallecimiento de ésta, o treinta días después de conocido el albacea, e **inmediatamente el albacea otorgará escritura de cancelación al comprador.** No significa esta frase que la única prueba del pago sea la escritura de cancelación, sino que, verificado ese pago, del cual no se advierte porqué no pudiera otorgarse recibo con valor probatorio, había de procederse al instrumento de cancelación. Cuanto a la llamada ratificación imperativa del testamento, ya se verá en otro motivo lo que hay de cierto sobre el particular. Por ahora, la Sala se limita a aseverar que no existen los acusados errores de hecho y de derecho en la interpretación de los pasos de la escritura y el testamento a que se contrae el autor del recurso, ni la consiguiente nueva violación de los mismos artículos legales.

En segundo término, se alega error de hecho y de derecho y violaciones del artículo 1762 del Código Civil.

Suponiendo—argumenta el impugnador—que se hubiera efectuado el pago y que la prueba de éste la constituya la documentación presentada con la contestación de la demanda, ella no acreditaría que el pago se hubiera cumplido dentro de treinta días, pactados en la escritura de compraventa. En tal evento, el pago habría sido inoportuno e ineficaz para aniquilar la acción resolutoria. El elemento principal para demostrar el pago consiste en el recibo otorgado por Luis A. Rodríguez Rey como albacea a favor de su hermano José Joaquín, con fecha veinte de octubre de mil novecientos veintisiete, reconocido judicial y espontáneamente por el signatario, dos días después de expedido, ante el Juez 2º del Circuito, recibo que se acompañó a la respuesta de la demanda. Como si se dudara del éxito de la defensa con apoyo en este solo papel, la parte demandada hubo de reforzarlo con cartas y papeles, que accesoriamente se han invocado como prueba. Pero ninguno de tales documentos, ni todos juntos, tienen la virtud de acreditar el pago. Está demostrado y aceptado por todos que esos treinta días expiraron el siete de octubre de mil novecientos veintisiete, puesto que la causante de la sucesión falleció el siete de septiembre anterior y el recibo aparece expedido el veinte de octubre y reconocido dos días después. Cierto es que el recibo y sus accesorios expresan que el pago se hizo por cuotas o contados entregados con anterioridad a la fecha del recibo; pero también es cierto que, puesto que se ha aducido contra la sucesión demandante, esto es, contra tercera persona, su fecha con respecto a ésta no es, no puede ser otra que la de su reconocimiento judicial, o la de su presentación en el juicio, que por coincidencia es la misma (veintidós de octubre de mil novecientos veintisiete), ya que entre hermanos fue fácil hacer la simulación necesaria. Esto, según la regla del artículo 1762 del Código Civil. Por consiguiente, el Tribunal al aceptar, como aceptó, que los papeles en referencia demuestran el pago y que éste se hizo oportunamente, apreció mal esos elementos del proceso, incurriendo en evidente error de hecho y de derecho, con violación del referido artículo 1762.

Observa la Sala, ante todo, que en este reparo va envuelta la cuestión relativa a si la testadora prorrogó el plazo para el pago, lo cual se estudiará después.

El reparo se funda en que el recibo se aduce contra la sucesión, que es un tercero; pero ya se dijo que cuando el albacea provisto de la tenencia de los bienes recibe el pago de una deuda a la sucesión, para el efecto del recibo y de la expedición del finiquito representa legítimamente a esa sucesión, la cual, por lo mismo, no es entonces un tercero. No fuera así y nada lograría el deudor con satisfacer su obligación ante el albacea, porque quedaría expuesto a nuevos cobros por parte de los herederos.

No siendo admisible la base sobre que descansa este motivo, no puede prosperar el cargo.

En tercer término se alega error de hecho y de derecho en la apreciación del contrato y del testamento, y violación directa e indirecta del artículo 1127 del Código Civil.

El Tribunal ha intentado cohonestar su decisión en lo referente a la oportunidad del pago, sosteniendo que el plazo primitivo fijado en el contrato, o sea el de treinta días, quedó ampliado a sesenta por el testamento posterior de la vendedora; y ello envuelve un nuevo error de hecho y de derecho cometido al apreciar el citado testamento. Sabido es que el testamento es un acto unilateral, cuya esencia es la disposición de los bienes del otorgante. Declaraciones extrañas a ese punto son exóticas e innocuas, y si tratan de modificar pactos bilaterales son, además, impertinentes. El concurso de voluntades brilla por su ausencia en el testamento. Por tanto, la manifestación que la testadora hiciera en relación con el plazo que en el contrato pactó con el demandado para el pago que éste debía por razón del precio, carece del alcance y valor probatorios que el Tribunal le asignó. Nótese, de otro lado, que en la cláusula en que se habla de los sesenta días también se fijó de manera terminante la iniciación del plazo, y se transformó la deuda que se había constituido en oro, en moneda corriente; por donde tal cláusula constituye una modificación de los términos del contrato, efectuada por una sola de las partes baldiamente.

Mas si no fuere exacto el anterior razonamiento, se tendrá que la cláusula 8ª del testamento dice:

"Revoco por este testamento toda disposición testamentaria y testamento que hubiere otorgado con anterioridad al presente, excepción hecha de la obligación dejada al albacea en la cláusula 2ª de la escritura número 1825 de mil novecientos diez y nueve, Notaría 1ª, de cancelar las obligaciones que contrajo por dicha escritura José Joaquín Rodríguez Rey, lo que debe hacer el albacea en la forma dicha en esa escritura."

¿Y cuál fue esa forma dicha? Repetidamente se ha visto que cuando José Joaquín Rodríguez pagase lo que debía en los treinta días de que allí se habla. Luego la cláusula 8ª dejó sin efecto la ampliación del plazo pretendida por el sentenciador. Esto es así según reglas de hermenéutica bien conocidas de la Corte, las cuales enseñan que en la interpretación de leyes, contratos y testamentos, las cláusulas posteriores prevalecen sobre las anteriores, sin que al Tribunal le valga acogerse al artículo 1127 del Código Civil, pues de un lado, la orden que la testadora consignó para su albacea en relación con la cancelación de las obligaciones del comprador en estos precisos términos: "lo que debe hacer el albacea en la forma dicha en esa escritura," no deja duda al respecto; y de otro, porque la interpretación del Tribunal resulta inadmisible. Lo cual demuestra que son evidentes los errores de apreciación en que el fallador incurrió al estimar el testamento y el contrato, y que por causa de estos errores y **de modo directo e indirecto,** por errónea interpretación e indebida aplicación, violó el referido artículo 1127.

Responde la Sala que el Tribunal estimó, como el Juez, que el testamento de la vendedora sí contiene una ampliación del plazo, y al efecto expuso razones. Acerca de lo dicho por el impugnador sobre que la cláusula 8ª dejó sin efecto la 6ª, manifiesta que, de entenderlo así, resultaría una flagrante contradicción de la otorgante en el mismo acto, porque a renglón seguido de haber prorrogado el término del pago había cancelado prácticamente la prórroga. Esa anulación podría aceptarse en el caso de que la testadora hubiera sido explícita al respecto; mas en lugar de serlo, bien claro resulta la intención de la testadora, cual fue ampliar el plazo de treinta días a sesenta, dejando vigentes en todo lo demás las estipulaciones de la escritura número 1825.

Es una cuestión de hecho la de interpretar la intención de las partes en un contrato o la del otorgante de

un testamento. Para ello tiene potestad el fallador de instancia y la Corte no puede variar la apreciación sino en el caso de un error evidente.

Aquí no ocurre tal error, porque semejante interpretación no riñe con el tenor de las referidas cláusulas testamentarias. En efecto: en la 6ª le ordenó la señorita Rodríguez a su albacea cancelar a José J. Rodríguez, de acuerdo con la cláusula 2ª de la escritura número 1825, las obligaciones a cargo del comprador, una vez que éste le pague a aquél la cantidad de cuatro mil pesos moneda corriente, pago que deberá hacer dentro de los sesenta días después del fallecimiento de la otorgante, plazo que le da sin interés ni recargo. Por la cláusula 8ª revocó toda disposición testamentaria anterior, excepto la obligación impuesta al albacea en la mencionada cláusula 2ª de la escritura, de cancelar las obligaciones que contrajo Rodríguez, lo que debe hacer aquél en la forma dicha en la escritura.

La cláusula 6ª deja la impresión de que el plazo fue ampliado de treinta a sesenta días. En la cláusula 2ª de la escritura se le ordenó al albacea otorgar escritura de cancelación al comprador José J. Rodríguez cuando éste pagara el precio, el día del fallecimiento de la testadora o treinta días después de conocido el albacea, con la advertencia de que si vendedora y comprador hubiesen rebajado la deuda por pagos, serían descontados los recibos expedidos al comprador.

Con arreglo a esta cláusula 2ª del contrato y a las cláusulas 6ª y 8ª del testamento, el plazo quedó ampliado a sesenta días y pagado el precio dentro de estos días, el albacea debía proceder a otorgar el instrumento de cancelación. Así quedan armonizadas estas tres cláusulas.

Ni se opone a ningún principio jurídico el que la señorita Rodríguez hubiera ampliado en un testamento un plazo acordado en un contrato. El plazo en este caso estaba estipulado a favor del deudor y bien pudo la acreedora hacerle la merced de una ampliación en el testamento. La ampliación del plazo para satisfacer un crédito no es ajena a la disposición de bienes, que es materia propia del testamento, porque es una modalidad que recae sobre un bien, cual es un crédito.

El Tribunal citó en apoyo de su interpretación el artículo 1127 del Código Civil, que ordena inquirir preferentemente la intención del testador; y como en la interpretación no se descubre error evidente de hecho ni error de derecho, tampoco existe transgresión de este artículo.

Hé aquí porqué se desestima el actual motivo.

Se alega, en cuarto término, la violación del artículo 1622 del Código Civil. Tanto el demandante como el demandado han dirigido sus esfuerzos a probar y a atacar los pagos que se sostienen o que se dicen hechos dentro de los treinta días de que habla la escritura de compraventa. Independientemente de lo que el demandado haya dicho en abstracto acerca de la ampliación que el Tribunal le reconoció, lo cierto es que, en concreto, ha situado su defensa escudándose con pagos que por contados sostiene haber hecho dentro de los expresados treinta días. El litigio se trabó sobre la base de que los pagos debieron haberse verificado durante aquellos días y tál es la aplicación práctica dada por los interesados a las estipulaciones y referencias concernientes al término del pago. Esta aplicación práctica obliga al juzgador, como que tiene fuerza legal según la regla del inciso 3º del artículo 1622 del Código Civil, "que por falta de aplicación al caso de la litis ha sido quebrantado en la sentencia."

Observa la Sala que el demandado, en la contestación de la demanda, sostiene que la señorita Rosadigna Rodríguez amplió en su testamento el plazo para el pago de la deuda de los cuatro mil pesos. Así lo dice en la respuesta al hecho 2º del libelo; de donde se sigue que no está acreditado el supuesto de hecho en que se funda la objeción, o sea que las partes prácticamente entendieron que el plazo del pago era sólo de treinta días. Por esto no prospera el presente motivo.

Por último, se alega la violación de los artículos 1552 y 1554 del propio Código, por errónea interpretación e indebida aplicación.

Manifiesta el recurrente que el sentenciador, partiendo de la base falsa de que el plazo para pagar era de sesenta días y estimando que un pago irregular no implica renuncia del término concedido al deudor, decidió que la acción es prematura, por haberse iniciado antes de la expiración de los dichos sesenta días, y de aquí la declaración de la excepción de petición antes de tiempo y la consiguiente absolución del demandado.

El Tribunal, al razonar de esta manera, incidió en errores que lo condujeron a violar la ley, desde el punto de vista en que se colocó aquella corporación, punto que, por lo demás, el recurrente no acepta. En efecto: si la entrega del dinero se hizo realmente, alguna consecuencia jurídica debía deducirse de ella, y esa consecuencia no puede ser otra que la renuncia del término que faltaba para la expiración del plazo, en la hipótesis de que éste fuera de sesenta días. Si se acepta que el pago efectivo fue hecho, la intención de quien lo hizo fue manifiesta en el sentido de renunciar el resto del plazo, a lo cual asiente la parte contraria. Si se trata de escudriñar intenciones, parece que la manifestación del autor del hecho que se examina está por encima de toda otra consideración. De suerte que, en lo tocante a la consabida renuncia, son las partes mismas las que han fallado y nada puede hacer la justicia en sentido opuesto. Por consiguiente, el motivo aducido por el Tribunal para eludir el fallo, remitiendo a las partes a otro litigio, resulta de todo punto infundado, y con tal procedimiento la sentencia viola el artículo 1552 del Código Civil, y el 1554, por errónea interpretación e indebida aplicación.

"El Tribunal perdió de vista el alcance del pseudopago por el deudor y principalmente la intención claramente manifestada por éste de renunciar cualquier término o prórroga que creyera tener para hacerlo."

Anota la Sala que el Tribunal reconoció que, con arreglo al artículo 1554 del Código Civil, el deudor puede renunciar el plazo para cumplir su obligación, si dicho plazo está constituído únicamente en su favor, y, que, al tenor del artículo 1552, lo que se paga antes de cumplirse el plazo no está sujeto a restitución, de suerte que el pago anticipado equivale a una renuncia del plazo; pero agregó que un pago irregular, como el efectuado por el demandado al albacea, no tiene los mismos efectos de un pago válido, en lo referente a su equivalencia como renuncia del plazo. Si así no fuera, se produciría un manifiesto contrasentido jurídico, "comoquiera que los conceptos jurídicos de nulidad e invalidez son opuestos entre sí; ahora bien: conceptos opuestos originan lógicamente consecuencias divergentes, porque todo efecto participa de la misma naturaleza

de la causa; de donde se deduce que si el pago hecho al albacea carece de efectos jurídicos suficientes para extinguir la obligación, necesariamente hay que aceptar igualmente que dicho pago tampoco tiene efectos como renuncia del término que el comprador tenía para pagar. Y si ello es así, por este aspecto resulta acreditada la excepción perentoria de petición antes de tiempo que el juzgador está obligado a declarar aun de oficio, de acuerdo con un conocido precepto de legislación procesal."

Como se ve, la tesis del Tribunal es la de que un pago inválido o nulo, así como no liberta al deudor de su obligación, así tampoco equivale, si se efectúa anticipadamente, a la renuncia del resto del plazo, y la Sala no tilda de injurídica esta tesis, porque, verdaderamente, si el pago nulo carece de efectos jurídicos, no puede tener el de implicar la renuncia del plazo. No está, pues, comprobada la errónea interpretación de los artículos mencionados que se le atribuye al fallador.

Por lo demás, si la parte demandada critica la decisión del Tribunal, es porque para ella el pago que se le hizo al albacea es válido.

Procede ahora el estudio del recurso del demandado.

Alega él las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial.

Para sustentar la segunda, expresa que la sentencia no se dictó en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La litiscontestación quedó circunscrita a un debate encaminado a resolver el contrato por la única causa aducida, o sea la falta del pago del precio, y no por nulidad en el pago del precio, ni nulidad de los actos del albacea que recibió. El sentenciador, en la parte motiva, aceptó que está pagado el precio de la compraventa; pero, en vez de absolver al demandado, entró a disertar sobre la validez del pago, desconociéndole su fuerza liberatoria en favor del comprador, y concluyó por declarar probada una excepción, la de petición antes de tiempo, y absolver al demandado. Verdad es que, según una doctrina de casación, la sentencia absolutoria entraña la decisión de todas las cuestiones controvertidas en el pleito; mas la doctrina no puede aplicarse cuando, subordinada la absolución a una excepción tal como la de petición anticipada, deja en pie la acción ejercitada. En el presente caso, el Tribunal no resolvió expresamente sobre la excepción de pago oportunamente invocada por el demandado, excepción propia para destruir la acción resolutoria, sino que al declarar la de petición antes de tiempo, implícitamente resolvió acerca de la nulidad del pago efectuado. Esta supuesta nulidad no podía declararla, ya porque no fue propuesta como un motivo de la demanda, ya porque no podía ser reconocida de oficio por el fallador

"En efecto: suponiendo contra todo lo expuesto para demostrar la validez del pago, que este acto estuviese viciado de nulidad, es lo cierto que el demandante no demandó la resolución del contrato simplemente por falta de pago. Habiéndose efectuado éste, como se efectuó, con conocimiento de la señorita demandante, es necesario someter a la decisión del Juez la cuestión relativa a la nulidad de ese acto, sin la cual mal podía prosperar la acción resolutoria."

Contesta la Sala que el Tribunal declaró de oficio la excepción de petición antes de tiempo, "de acuerdo con un conocido precepto de legislación procesal," que no es otro que el contenido antes en el artículo 51 de Ley 105 de 1890 y ahora el artículo 343 del Código Judicial vigente.

Si un Tribunal, al dictar una sentencia, declara de oficio una excepción perentoria, no se puede alegar en casación la causal segunda por incongruencia de lo fallado con lo pretendido por las partes, porque si eso fuera factible, quedaría prácticamente sin aplicación el precepto de los citados artículos 51 y 343. Lo que entonces procede es alegar y demostrar por primera causal que el sentenciador sufrió un error manifiesto de hecho o un error de derecho, que lo condujo a la declaración oficiosa sin ser el caso.

Por tanto, se desestima esta causal.

La causal primera aparece apoyada en varios extremos. Se acusa, en primer lugar, la violación del artículo 501 del Código Civil.

Se transcribe el siguiente párrafo de la sentencia:

"Según el artículo 501, aplicable a los albaceas, les está prohibido a éstos representar a la herencia en actos que deban verificarse con sus parientes, porque la ley supone que sería probable una confabulación entre los contratantes para perjudicar a los herederos; pues es natural que el albacea tenga más interés por el bien de dichas personas que por la herencia. Por lo tanto, la ley pretende favorecer los intereses de los herederos, no exponiéndolos a un perjuicio probable o casi seguro en los actos de que se trata. Cree el Tribunal que, en lo referente a los albaceas, la autorización del Juez puede suplirse con la de los otros albaceas, si los hay, o por la de los otros herederos. Aun cuando la disposición tienda a tutelar los intereses de los asignatarios, como en lo relativo a la herencia dichos terceros son únicamente los asignatarios, si éstos, siendo todos mayores de edad, convienen expresa o tácitamente en la celebración del acto por el albacea, parece satisfecho el objeto de la ley, y en tales circunstancias no se ve ningún inconveniente para estimar válido el acto.

"De acuerdo con lo expuesto, el albacea Rodríguez Rey, por ministerio de la ley, estaba impedido para recibir de su hermano carnal y socio de comercio los cuatro mil pesos del precio de la casa, sino con autorización del Juez o de los asignatarios de la herencia, bajo la sanción de nulidad del acto, que es la sanción legal en los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, de acuerdo con el artículo 6º del Código Civil."

Cierto es—expone el recurrente—que la prohibición del artículo 501 del Código Civil, aplicable al albacea por ministerio del artículo 1351 del propio Código, tiene por objeto prevenir posibles fraudes en perjuicio de la herencia; pero esta misma razón y finalidad de la prohibición, restringe la aplicación del precepto, con arreglo a las reglas del derecho, limitando su alcance a actos que puedan acarrear algún perjuicio a la herencia y excluyendo aquellos otros que de suyo no puedan causarlo, como el cobro de una deuda, que es acto análogo a los de conservación de los bienes hereditarios, puesto que se dirige a la reintegración efectiva del caudal de la herencia, el cual pudiera sufrir quebranto a causa de la dilación en recibir el pago.

De no aceptarse esta interpretación, se llegaría a consecuencias de todo punto inaceptables, como contrarias a la naturaleza misma del albaceazgo. En efecto: si tal precepto se aplicará aun a los actos del albacea favora-

bles a la herencia, se tendría que un cargo de confianza, como es el de ejecutor de la última voluntad, no podría conferirse sino a personas extrañas y no a los allegados y parientes del testador, que son precisamente y por regla general los llamados a ejercerlo. Así el padre de familia no podría confiar el albaceazgo a su esposa, porque para todos los actos propios de dicho cargo necesitaría ella la licencia judicial, interesados como estarían en tales actos el propio cónyuge supérstite y sus descendientes llamados a recoger la herencia paterna.

Es injurídica la interpretación de la Sala falladora al decir erróneamente que a los albaceas les está prohibido representar a la herencia en actos que deban verificarse con sus parientes, por el peligro de una confabulación para perjudicar a los herederos, porque el artículo 501 establece que, por **regla general**, los actos o contratos en que estén directa o indirectamente interesados los parientes mencionados en la disposición citada, no pueden ser ejecutados por el albacea sin pedir licencia judicial, cosa bien distinta de lo que afirma el Tribunal en el pasaje transcrito, cuando asevera que a los albaceas les está prohibido representar a la herencia en actos que deban verificarse con sus parientes. Por este concepto viola el artículo 501, por interpretación errónea.

En el pasaje transcrito, el sentenciador abarca en su interpretación errónea del artículo 501 todos los actos del albacea, siendo así que hay algunos que no quedan comprendidos en el mandato de tal artículo, por más que en ellos estén interesados directa o indirectamente los parientes de que habla la disposición.

Los actos que en desempeño de sus funciones puede ejercitar el albacea, son de tres clases, a saber:

Actos simples.

Son los que no producen vínculos jurídicos, porque no hacen nacer obligaciones ni cargas, ni producen efectos posteriores en contra de la herencia, como invitar a las personas a que se refiere el artículo 501 a las exequias del testador. Estos actos, como es obvio, no caen bajo el precepto de la disposición del artículo.

Actos judiciales.

Son aquellos que acarrean relaciones jurídicas y vínculos necesarios, tales como proceder a la apertura del testamento, iniciar el juicio de sucesión, contestar el traslado de una demanda, etc., actos que, si bien establecen vínculos jurídicos y en ellos pueden estar más o menos interesados los parientes del artículo 501, tampoco caen bajo el precepto de este artículo, desde luégo que el albacea, una vez que acepte su cargo, está forzosamente obligado a ejecutarlos so pena de incurrir en culpa grave si los omite, alegando que carece de licencia judicial para realizarlos. Evidentemente, para la ejecución de tales actos no es menester la previa licencia judicial, aunque haya interés directo de las personas referidas en el mencionado artículo 501.

Actos civiles.

Son los que hacen nacer vínculos jurídicos, ligando o desligando en las relaciones civiles o comerciales que de ellos emanan. A algunos de éstos es a los que se refiere el artículo 501, en relación con el artículo 1327 del Código Civil, es decir, a aquellos que necesariamente producen obligaciones, gravámenes o cargas para la herencia o los herederos; pero si no reúnen las condiciones de producir obligaciones, cargas o gravámenes para la herencia, no es necesaria la licencia judicial que echa menos el Tribunal para desconocerle fuerza al pago que hizo el comprador al albacea. Con la errónea interpretación del Tribunal, no podría un albacea con tenencia de bienes aceptar, verbigracia, una servidumbre de acueducto o de tránsito que beneficiara un predio perteneciente a la herencia y que fuera concedida gratuitamente, si al mismo tiempo, pero en menor escala, fuera a beneficiar también un predio perteneciente a un socio de comercio del albacea.

Ahora bien: el sentenciador incluye el hecho de recibir el albacea un crédito activo de la herencia y a cargo de José Joaquín Rodríguez Rey, hermano legítimo y socio de aquél, entre los actos civiles a que se refiere el artículo 501, cuando ese acto no hace nacer obligaciones algunas, sino que, al contrario, extingue la obligación; el acto de recibir no crea cargas o gravámenes para la herencia, sino que la sucesión percibe un crédito que se le debía; es un hecho que no deja consecuencia que afecte la herencia, sino que es un acto que tiende a la conservación de los bienes de la sucesión.

Es, por lo expuesto, palmaria por este aspecto la violación que por interpretación errónea del artículo 501 comete el fallador.

Hay también otro aspecto en que el mismo artículo resulta quebrantado.

El interés a que se contrae la disposición del artículo 501, en el acto de recibir una deuda, radica en el acreedor que recibe el valor de su acreencia, es decir, el interés es para el acreedor que cobra y no para el deudor que paga. Pues bien: en el pago verificado por el comprador Rodríguez Rey al albacea, el interés radicaba únicamente en el acreedor, que era la sucesión de Rosadigna Rodríguez Camacho, y sólo a ese acreedor le interesaba recoger el valor del crédito; y como el Tribunal, sin tener en cuenta esa condición de que habla el artículo 501, estimó que era necesaria para el albacea la licencia judicial con el fin de recibir válidamente, aplicó de manera indebida el precepto legal, e hizo de la disposición una interpretación errónea.

Para patentizar más el yerro de la sentencia, basta considerar el caso contrario, es decir, que el albacea, bajo pretexto de que carecía de la licencia judicial, se hubiera abstenido de recibir el pago que le hacía su hermano y consocio de la deuda a favor de la herencia. Tal procedimiento habría implicado para el albacea una culpa grave, de la cual tendría que responder ante la heredera Ana Uribe R., pues el retardar la aceptación del pago por no tener licencia judicial, implicaba para el comprador la concesión de un plazo mayor del que le había otorgado la testadora, y el acto de conceder ese plazo tácito habría entrañado verdadero y directo interés a favor del deudor, hermano y consocio del albacea.

El Tribunal concreta su concepto sobre la invalidez del pago del comprador al albacea, en estos términos:

"Es así que en el presente caso no hay prueba de que, en defecto de la autorización del Juez, el albacea hubiese obrado con el asentimiento de todos los asignatarios de la herencia; luego el acto carece de valor legal y no puede producir los efectos jurídicos que todo pago produce, como son los de extinguir la obligación."

Con este concepto, la Sala falladora infringe directamente el artículo 501 del Código Civil, al aplicarlo al caso de pleito, porque no es exacto que dicha disposición imponga al albacea la obligación de obtener licencia judi-

cial o asentimiento de los asignatarios de la herencia, para recibir el precio de un contrato que fue celebrado personalmente por la testadora y en cuya celebración no intervino el albacea Los actos y contratos a que se refiere el artículo 501 son los que producen obligaciones, cargas o gravámenes y no los de mera custodia o conservación, ni los atinentes al cobro de los créditos activos de la herencia, actos estos que forzosamente y sin más formalidades debe ejecutar el albacea, del propio modo que el curador de la herencia yacente, ya que el artículo 1353, inciso 2º, preceptúa que los albaceas con tenencia gozan de las mismas facultades de los curadores de la herencia yacente, y éstos, según el artículo 575, los pueden ejecutar sin traba alguna, aunque en su ejecución intervengan los parientes señalados en el artículo 501.

El contrato de compraventa fue celebrado por la señorita Rodríguez Camacho en mil novecientos diez y nueve y sólo en mil novecientos veintisiete fue designado albacea el doctor Rodríguez Rey; de modo que el hecho de recibir, como consecuencia forzosa de un contrato, bien puede decirse que es acto dependiente de un contrato propio de la testadora y no del albacea.

Aplíquese la interpretación del Tribunal al contrato de arrendamiento. Si la señorita Rodríguez Camacho hubiera dejado a su muerte una casa arrendada a José Joaquín Rodríguez Rey, y al albacea doctor Rodríguez Rey se le hubiera ido a pagar el canon mensual de arrendamiento, ¿podría sostenerse en buena lógica que el albacea no podía recibir el arrendamiento y que para recibirlo necesitaba licencia judicial, por ser el arrendatario hermano y consocio suyo? Pues si para el contrato de arrendamiento no se necesita la formalidad de la licencia judicial, a pesar de que de él dimanan obligaciones recíprocas, con mayor razón no es exigible tal formalidad para recibir el pago de una acreencia, la que, satisfecha, no produce obligaciones para la herencia, sino que extingue la obligación.

Por lo dicho, es evidente que el Tribunal violó claramente el artículo 501 del Código Civil, al exigirle al albacea licencia judicial para recibir un crédito activo que pesaba sobre Rodríguez Rey y a favor de la herencia.

Condujo al Tribunal a una nueva violación del artículo 501, la circunstancia de declarar probada la excepción de petición antes de tiempo, en virtud de la cual absolvió transitoriamente al demandado, cuando la absolución debió ser definitiva. La excepción de petición antes de tiempo no existe, porque el comprador renunció el resto del plazo que le concedió la vendedora, pagando, como pagó, dentro de los primeros treinta días después de la muerte de aquélla; y de ahí que el sentenciador infringiera directamente por interpretación errónea e indebida aplicación al caso del pleito el artículo 501, pues estando comprobado plenamente el pago, la absolución definitiva se imponía.

Para resolver lo pertinente acerca de estos reparos, la Sala considera lo siguiente:

El Tribunal expuso que, con arreglo al artículo 501 del Código Civil, aplicable a los albaceas, a éstos les está prohibido representar a la herencia en actos que deban verificarse con sus parientes, porque la ley supone que sería probable una confabulación entre los contratantes con el fin de perjudicar a los herederos.

La Sala no acepta este concepto en los términos absolutos en que aparece concebido, porque el artículo carece del rigor que se le quiere atribuír.

En primer lugar, si el albacea o el guardador, en los casos de interés de sus parientes o consocios, obtienen autorización judicial, pueden representar a la herencia o al pupilo en los actos a que el texto legal se contrae.

En segundo lugar, si el pariente o consocio, aunque intervenga en el acto, no tiene interés en él; tampoco es aplicable el artículo.

En el suceso de la presente litis, se comprende que el interés respecto del pago de los cuatro mil pesos radicaba, por razón de los antecedentes del negocio y por las circunstancias concomitantes de dicho pago, en la herencia, que era el acreedor, y no el deudor. En el contrato de compraventa se había convenido por las partes que el pago de aquella suma, precio del inmueble vendido, se le hiciera al albacea dentro de cierto plazo, y Rodríguez Rey verificó tal pago dentro del plazo, prorrogado por la señorita vendedora en su testamento.

Ahora bien: si se trataba de un pago que en virtud de una estipulación contractual y no por iniciativa del albacea había de hacerse en manos de éste, y si el pago recaía sobre una suma precisa y no controvertida, y si se efectuó en el curso del plazo respectivo, el interés estaba de parte del acreedor (la sucesión de la señorita Rodríguez Camacho), a quien le importaba recoger esa suma con el fin de aumentar el acervo, y no de parte del comprador, el cual apenas satisfacía una obligación cuyo cumplimiento no le acarreaba provecho pecuniario.

Como el demandado pagó la suma convenida dentro del plazo, ni aun tenía el interés de librarse de los efectos de la acción resolutoria, la cual no tenía todavía la parte acreedora.

De otro lado, los guardadores tienen la obligación de administrar los bienes del pupilo y es en el ejercicio de esa obligación cuando puede presentárseles la coyuntura de verificar un acto o contrato con las personas indicadas en el artículo 501; entonces necesitan pedir la autorización, que así como puede ser otorgada puede ser negada en vista de las circunstancias.

Las facultades de los albaceas son menos extensas que las de los guardadores, pues que los que están provistos de la tenencia de los bienes, gozan solamente de las que competen al curador de la herencia yacente, y éstas, según el artículo 575 del Código Civil, se reducen a los actos de mera custodia y conservación y a los indispensables para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados.

Si en el caso del pleito el albacea le hubiera pedido autorización al Juez para recibir el pago que hacía el comprador, por ser hermano y consocio de él, dicho funcionario no habría podido rehusarla, porque la manera de ese pago estaba pactada en el contrato y él se cumplía dentro del plazo y en los términos de la convención. Luego la solicitud de licencia habría sido innecesaria por no hallarse en el arbitrio del Juez el negarla, y la falta de necesidad provenía cabalmente de que, por los antecedentes del negocio, el interés de ese pago era para el acreedor y no para el deudor.

De suerte que al aplicar a los ejecutores testamentarios la doctrina del artículo 501 del Código Civil, no puede prescindirse de examinar en quién reside el interés de la operación (contrato o acto) que efectúa el albacea.

En el suceso de esta litis existe, además, la nota favorable de que el interés de la sucesión quedó suficientemente asegurado con el recibo del precio por el albacea, quien por ese mismo hecho se constituyó responsable para con aquélla. Es claro que esta asunción de respon-

sabilidad vuelve muy remota la hipótesis de una confabulación entre los hermanos, mayormente cuando es innegable que dentro del plazo prorrogado se hizo el pago.

En resumen: por los antecedentes del asunto y por las circunstancias en que se verificó el pago, estima la Sala que el interés de este acto sólo se hallaba de parte de la sucesión acreedora; por donde resulta forzoso concluir que el Tribunal quebrantó el artículo 501, por la interpretación absoluta que le dio y por la aplicación que de él hizo al caso particular que forma el objeto de esta controversia.

Por tanto, ha de ser casada la sentencia en esta parte, sin necesidad de estudiar los restantes extremos alegados por el recurrente.

Para resolver en instancia, se considera:

Al examinar el recurso del demandante, quedó establecido que el recibo otorgado por el albacea al demandado hace fe contra la sucesión y que el plazo fijado para el pago en el contrato fue prorrogado en el testamento de la vendedora. Así, pues, hay que admitir que el pago se efectuó a más tardar el veintidós de octubre de mil novecientos veintisiete, día en que el albacea reconoció judicialmente su firma y cuando aún no había vencido la prórroga.

Satisfecha oportuna y legalmente por Rodríguez Rey su obligación de pagar el precio, la acción resolutoria intentada por la demandante es improcedente (artículos 1546, 1930 y 1932 del Código Civil).

Infirmada la sentencia del Tribunal, en su lugar será confirmada la de primera instancia

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, infirma la sentencia a que se refiere el presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el seis de junio de mil novecientos treinta y dos, y en su lugar confirma la de primera instancia, dictada por el Juez 2º del Circuito de Bogotá el dos de noviembre de mil novecientos veintinueve.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la **Gaceta Judicial** y remítase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Manuel Vicente Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

En el juicio de división de un bien común promovido por María Teresa Escobar o Galarza de Medina contra Roberto Emilio Escobar o Galarza y otros, pronunció sentencia el Tribunal Superior de Bogotá el seis de septiembre próximo pasado.

El apoderado de los demandados interpuso recurso de casación y el Tribunal, por auto de tres de noviembre siguiente, dispuso que por peritos se determinara la cuantía de la acción, y allí mismo nombró tales peritos.

Por auto de nueve de diciembre se señaló el término de diez días para que la parte recurrente "dé cumplimiento a lo ordenado en el auto de tres de noviembre último, con la advertencia de que si pasado este tiempo no se determinare la cuantía del inmueble materia de la demanda en el juicio, se dará cumplimiento a lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 524 del Código Judicial."

Por auto de siete de marzo del año actual, la Sala de Decisión declaró desierto el recurso de casación y ejecutoriada la sentencia, por haber pasado el tiempo señalado para que se practicara el avalúo decretado, sin que por parte del recurrente se cumpliera dicha formalidad.

El apoderado pidió reposición y el Tribunal se la negó por auto de dos de los corrientes, en el cual expuso:

"La parte a quien correspondía hacer practicar el avalúo de la acción, se limitó a hacer una consignación en la Secretaría del Tribunal por la cantidad de treinta pesos ($ 30) moneda corriente; pero como su obligación no estaba limitada a esto solamente, sino a hacer todas las gestiones conducentes a obtener el avalúo, tales como la de facilitar el traslado de los peritos al lugar donde está ubicada la finca materia del pleito, y como no aparece constancia de que hubiera hecho gestión alguna al respecto, es el caso de dar aplicación al inciso 2º del artículo 524 ya citado."

El apoderado recurrió de hecho dentro del término y con las copias que prescribe el artículo 514 ibidem.

La Corte estima que fue exagerada la resolución del Tribunal, contenida en el auto de nueve de diciembre, en cuanto descargó en absoluto sobre el recurrente el cumplimiento de lo ordenado en el auto de tres de noviembre anterior, o sea el avalúo pericial de la cuantía de la acción.

Con arreglo al inciso 2º del artículo 524, en estos casos el justiprecio se hace a costa de la parte recurrente y si deja de practicarse por culpa de ella, se da por no interpuesto el recurso; pero semejante disposición no releva a la entidad judicial de prestar su apoyo para que la diligencia se lleve a cabo en todo aquello que sobrepasa los límites de la actividad particular, como la citación de los peritos para que tomen posesión, la fijación del monto de los honorarios (artículo 570), el reemplazo de los peritos en el evento del artículo 713, etc. Tanto más necesario es este apoyo cuanto que, como es sabido, en la práctica la prueba pericial suele ofrecer dificultades, provenientes muchas veces de las pretensiones de los peritos nombrados respecto al importe de los honorarios; y las dificultades crecen en este sentido cuando, como aquí sucede, en la elección de los peritos no intervienen las partes, sino que ellos son designados directamente por el juzgador.

Siendo esto así, la Sala considera que la parte recurrente debió haber reclamado contra el auto de nueve de diciembre, con el fin de que fuera aclarado en el sentido de que el término de diez días se entendía desde el acto de la posesión de los peritos y siempre que, no por renuencia de éstos, sino de ella en verificar los suministros que le incumbían, no se practicara la diligencia de avalúo.

Empero, dejó ejecutoriar el auto y éste constituye ahora un obstáculo infranqueable para la concesión del recurso de casación, a pesar de que la Sala disiente, en principio, por las razones expresadas, del pensamiento del Tribunal.

A la Corte no le es dado conceder ese recurso, ya porque transcurrieron los diez días del término absoluto del

citado auto ejecutoriado, ya porque ignora la cuantía de la acción, ya, finalmente, porque la ley no le permite otra solución que el otorgamiento o la negación del recurso (artículo 514, Código Judicial).

Por lo expuesto, se declara improcedente el recurso interpuesto por el apoderado de Roberto Emilio Escobar o Galarza y los otros demandados para que se les concediera el de casación contra la susodicha sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.

Désele a éste el aviso preceptuado en el inciso 2º del mencionado artículo 514.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta providencia en la **Gaceta Judicial** y archívense las diligencias.

TANCREDO NANNETTI—**José Miguel Arango—José Joaquín Hernández — Germán B. Jiménez — Francisco Tafur A.—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Resulta de este proceso:

1º Que el seis de abril de mil novecientos veintitrés, Rafael Suárez y Adolfo Pinzón suscribieron un documento que es del tenor siguiente:

"Los suscritos, Adolfo Pinzón y Rafael Suárez, ambos mayores de edad y vecinos de esta ciudad, hacemos constar que hemos celebrado el contrato que se expresa en las siguientes cláusulas:

"Primera. El otorgante Pinzón se obliga para con el otorgante Suárez, a lo siguiente:

"a) A dirigir y construir las obras que fueren necesarias para conducir las aguas que corresponden a Suárez, según contrato de esta misma fecha, suscrito por los otorgantes y los señores Ignacio y Roberto Terán, de la caja distribuidora que el otorgante Pinzón debe construir en la parte más alta del potrero de Santa Bárbara, de propiedad de Roberto Terán, hasta llevarlas al centro del potrero del **Sembradero**, de la finca de la **Verbena**, de propiedad de Suárez, en el Municipio de Zipaquirá; y a distribuir esas aguas, una vez que lleguen al centro del potrero del **Sembradero**, de manera que una parte vaya al extremo del potrero del **Juncal** y otra a los potreros de **La Esmeralda** y **El Cebadero**, de la misma finca de Suárez ya nombrada; la conducción de las aguas la hará el otorgante Pinzón por cauce abierto en la tierra o por tubos, según las exigencias topográficas del terreno;

"b) A suministrar por su cuenta todos los materiales necesarios para la ejecución de la obra; y

"c) A llevar a cabo la obra a que se obliga dentro del término de ocho (8) meses, contados desde hoy. Se aclara que la conservación de la obra, una vez recibida por Suárez, es de cargo de éste.

"Segunda. El otorgante Suárez se obliga a pagar a Pinzón por la obra anterior, la cantidad de seis mil pesos oro ($ 6,000) que Pinzón declara tener recibida a su satisfacción en esta misma fecha.

"Tercera. Si Pinzón no diere cumplimiento a las obligaciones que este contrato le impone, devolverá a Suárez el dinero que hoy ha recibido, junto con sus intereses, a la rata del uno por ciento (1 por 100) mensual, computados desde esta fecha hasta el día de la devolución.

"Para constancia de lo expuesto, se firma este documento por principal y duplicado de un mismo tenor, en Bogotá, a seis de abril de mil novecientos veintitrés.

"Rafael Suárez — Adolfo Pinzón—Testigo, Juan Harker—Testigo, Roberto Pineda."

2º Que, como lo anota el Tribunal en su sentencia, "el cuatro de octubre del mismo año murió el otorgante Suárez y en su testamento nombró albaceas de sus bienes con tenencia y administración, a los doctores Eduardo Laverde y Luis Carlos Corral, quienes oportunamente aceptaron el cargo y entraron a ejercer sus funciones."

3º Que, como también lo anota el Tribunal, "don Rafael Suárez en su testamento distribuyó toda su fortuna en legados, agregando que 'si sobrare alguna cosa será repartida entre las familias pobres que Elvira Figueroa y Eduardo Laverde tengan por conveniente.' No hizo, pues, una institución directa de herederos ni se sabe cuáles son las familias agraciadas, a quienes pudiera considerárseles con el carácter de herederos."

4º Que los expresados doctores Corral y Laverde, por escrito de diez y siete de febrero de mil novecientos veinticinco, que fue repartido al Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, promovieron contra el doctor Adolfo Pinzón la demanda que luégo, con algunas reformas que le introdujeron, quedó formalizada en escrito presentado por ellos al mismo Juzgado dicho, el once de noviembre de mil novecientos veintisiete, y en el cual dicen los demandantes:

"El señor doctor Adolfo Pinzón, varón, mayor de edad y vecino de Bogotá, se obligó el seis de abril de mil novecientos veintitrés, para con el señor Rafael Suárez, a hacer varias obras para conducir agua a las fincas de propiedad de Suárez, situadas en Zipaquirá, dentro del plazo máximo de ocho meses, contados desde la fecha citada, suministrando Pinzón todos los materiales y por la suma total de $ 6,000, que recibió anticipadamente.

"Ahora bien, el doctor Pinzón no dio cumplimiento al contrato relacionado en las condiciones acordadas; y en tal virtud, nosotros, Eduardo Laverde M. y Luis Carlos Corral, varones, mayores y vecinos de Bogotá, en ejecución de las facultades que la ley confiere al curador de la herencia yacente, según las disposiciones legales consignadas en los artículos 578 y 1353 del Código Civil, en cuanto tenemos la administración de los bienes sucesionales del señor Rafael Suárez como albaceas de esta mortuoria y para la sucesión, demandamos al doctor Adolfo Pinzón para que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Se declare resuelto por falta de cumplimiento por parte del doctor Adolfo Pinzón, el contrato celebrado el día seis de abril de mil novecientos veintitrés, entre el señor Rafael Suárez y el doctor Adolfo Pinzón, que consta en documento privado suscrito en Bogotá el mismo día, en virtud del cual el doctor Pinzón se obligó a dirigir y construir las obras necesarias para conducir las aguas que correspondían a Suárez, según contrato de la misma fecha celebrado con los señores Ignacio y Roberto Terán, de la caja distribuidora que el otorgante Pin-

zón debía construír en la parte más alta del potrero de **Santa Bárbara**, de propiedad de Roberto Terán, hasta llevarlas al centro del potrero de **El Sembradero**, de la finca de **La Verbena**, de propiedad de Suárez, en Zipaquirá; y a distribuír dichas aguas una vez que llegaren al centro del potrero de **El Sembradero**, de manera que una parte fuera al extremo del potrero del **Juncal**, y otra a los potreros de **La Esmeralda** y **El Sembradero**, de la finca de Suárez ya nombrada; obligándose Pinzón a hacer la conducción de las aguas por cauce abierto en la tierra o por tubos, según las exigencias topográficas del terreno y suministrando por su cuenta (de Pinzón) todos los materiales necesarios para la ejecución de la obra, la cual debía llevarse a efecto dentro de ocho meses contados desde la fecha del contrato.

"2º Se condena al doctor Adolfo Pinzón a restituír a la sucesión del señor Rafael Suárez o a quien se adjudiquen los derechos de dicha sucesión, provenientes del contrato relacionado en el punto anterior, la cantidad de seis mil pesos oro, precio del contrato y los intereses a la tasa corriente desde el día en que debía el doctor Pinzón entregar la obra, hasta el en que se haga el pago de la suma demandada, más las costas del juicio."

En subsidio hacemos las siguientes peticiones:

"1º Que se condene al demandado doctor Adolfo Pinzón a restituír a la sucesión del señor Rafael Suárez o a quien se adjudiquen los derechos de dicha sucesión provenientes del contrato celebrado con el deudor a que esta demanda se refiere, los $ 6,000 que recibió como valor de la obra que no ejecutó en las condiciones apuntadas, y los intereses a la tasa legal desde el día en que debió entregar la obra, al tenor del contrato citado hasta el en que se haga el pago.

"2º Que se condene en costas al demandado."

5º Que entre los hechos en que se funda esa demanda figuran los siguientes:

"3º El doctor Pinzón no cumplió el contrato de que se ha hablado en los términos estipulados.

"4º El doctor Pinzón, en vez de hacer la conducción de las aguas como se obligó, por cauce abierto en la tierra o por tubos, la hizo en gran parte, pero en muy malas condiciones, por medio de un canal de hojalata o materia semejante colocada sobre débiles soportes de madera.

"5º El mismo doctor Pinzón no hizo las obras necesarias de canal abierto en la tierra o instalaciones de tuberías que permitieran, una u otra, el descenso de las aguas hasta llevarlas al extremo del potrero del **Juncal**, y se limitó a colocar los canales de que habla el hecho anterior, hasta el potrero de **El Sembradero**, y a hacer abrir unos pocos metros de cauce en la tierra dentro del mismo potrero que no conduce ni puede conducir las aguas al extremo del potrero del **Juncal**, dada la topografía del terreno."

Y como fundamento de derecho, dijeron:

"El derecho, causa o razón de esta demanda, lo fundamos en las disposiciones de los artículos 1546 y siguientes, y 1602 y siguientes y concordantes del Código Civil y las de los artículos 929 y siguientes y concordantes del Código Judicial."

6º Que el demandado doctor Pinzón contestó la demanda primitiva de diez y siete de febrero de mil novecientos veinticinco, pero no la reformada, de once de noviembre de 1927.

7º Que, trabada la litis, el Juzgado desató la controversia absolviendo al demandado de los cargos de la demanda, por sentencia de diez y ocho de julio de mil novecientos treinta y uno, la que, apelada por la parte demandante, fue revocada por la de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintidós de noviembre de mil novecientos treinta y dos, y reemplazada con las declaraciones siguientes:

"1º Declárase infundada la excepción de ilegitimidad de la personería de los albaceas para promover la acción; de consiguiente implícitamente queda desechada también la defensa propuesta por el demandado bajo el nombre de demanda de reconvención.

"2º Declárase resuelto por falta de cumplimiento por parte del doctor Adolfo Pinzón, el contrato que celebró con don Rafael Suárez el día seis de abril de mil novecientos veintitrés, consignado en el documento transcrito al principio de esta sentencia.

"3º Condénase al doctor Adolfo Pinzón a restituír a la sucesión de don Rafael Suárez, o a quien se adjudiquen los derechos de dicha sucesión, provenientes del mencionado contrato, la cantidad de seis mil pesos ($ 6,000) que recibió como valor anticipado de toda la obra, más los intereses legales sobre esta cantidad computados desde el día seis de diciembre del año mil novecientos veintitrés, fecha en que debía entregar las obras, hasta el día en que haga la devolución del dinero.

"4º El doctor Pinzón tiene derecho para retirar los materiales de la obra que construyó.

"5º No hay costas ni en la primera ni en la segunda instancia."

8º Que contra esa sentencia la parte demandada interpuso el recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal, y por ese motivo han venido estos autos a la Corte. Admitido aquí el recurso, se procede a fallarlo. mediante las consideraciones que en seguida se expresan:

El recurrente anuncia su acusación a la sentencia por "violación de la ley sustantiva por infracción directa y por aplicación indebida e interpretación errónea de dicha ley sustantiva," y la desarrolla dividiéndola en dos partes: "cuestiones de derecho" y "cuestiones de hecho," subdividida la primera en nueve capítulos, y la segunda en cuatro, que la Corte procede a examinar.

En relación con las cuestiones de hecho que constituyen la segunda parte de la demanda de casación, formula el recurrente este primer cargo:

"El Tribunal apreció erróneamente una prueba y al proceder así violó directamente el artículo 91 de la Ley 153 de 1887."

Los conceptos del Tribunal que motivan esta acusación son los contenidos en los siguientes párrafos de la sentencia recurrida:

"La parte actora le inculpa al doctor Pinzón el incumplimiento del contrato celebrado con don Rafael Suárez; sostiene que el demandado, en vez de hacer la conducción de las aguas como se obligó, por cauce abierto en la tierra o por tubos, la hizo en gran parte, pero en muy malas condiciones, por medio de una canal de hojalata

o materia semejante colocada sobre débiles soportes de madera; y además omitió verificar las obras necesarias de canal abierto en la tierra o instalación de tubería que permitieran, una u otra, el descenso de las aguas hasta llevarlas al extremo del potrero del **Juncal**, limitándose a colocar la canal de hojalata expresada hasta el potrero de **El Sembradero**, abriendo allí unos pocos metros de cauce en la tierra, dentro del mismo potrero del **Juncal**, dada la topografía del terreno (hechos 4º y 5º del libelo de demanda)..

"El demandado, en la contestación de la primera demanda—la reformada no la contestó—sostiene que la conducción de las aguas la hizo en muy buenas condiciones, por un canal de hierro galvanizado, hasta llevar el agua hasta el potrero de **La Esmeralda**; y que no hizo el canal hasta el potrero del **Juncal**, porque el mismo don Rafael Suárez lo impidió para que no le dañara una sementera de trigo que existía en el potrero de **El Sembradero**, declarando que luégo haría la zanja por su cuenta, dando por cumplido en todas sus partes el contrato por parte de Adolfo Pinzón.

"En las inspecciones oculares de primera y segunda instancia, quedó plenamente establecida la afirmación del demandado de que para dar cumplimiento al contrato, construyó, de la caja distribudora de aguas, al potrero de **El Sembradero**, una canal de lámina de hierro galvanizado, montada sobre postes de madera, encabados en zócalos de cemento, canal que se encontró en su mayor parte construída.

"El demandado, pues, apartóse en esto del tenor literal del contrato, según el cual la conducción de las aguas la haría "por cauce abierto en la tierra o por tubos, según las exigencias topográficas del terreno." Esta variación la excusa Pinzón diciendo que construyó la zanja a que estaba obligado, según se vio y consta de las diligencias de inspección ocular y de lo que relatan los testigos que intervinieron en su construcción, señores Antonio José Patiño, Adolfo González, Jacobo Forero, Arturo González Ponce (folios 6 vuelto, 9, 10 vuelto y 12 del cuaderno número 12); pero que el señor Suárez le pidió y convino Pinzón, después de hecha la zanja, en construír más bien un viaducto, lo cual redundaba en beneficio de los intereses de Suárez, porque la modificación cumplía mejor el objetivo del contrato, desde luégo que el simple sentido común indica que es mejor llevar el agua por un viaducto que por una zanja, concepto que también está corroborado por la técnica, pues los ingenieros Luis A. Bazzani, Alberto Manrique, Martín y Jorge Rodríguez Ramírez, peritos que intervinieron en la inspección ocular de primera instancia, afirman que el viaducto construído es superior y más costoso que la zanja. (Estas alegaciones son tomadas del alegato del apoderado de Pinzón en la segunda instancia, folios 9 y 10, cuaderno número 13).

"Los testigos citados por el apoderado del demandado afirman en general que les consta, por haberlo presenciado, que al principiar la construcción del canal o acequia, Suárez se opuso a que fuera abierto en la tierra y convino con Pinzón en que se hiciera la obra por el sistema de viaducto aéreo en hierro galvanizado sostenido por soportes de madera protegidos con cemento en su parte inferior; Suárez presenció la construcción del canal hasta su terminación, sin hacer reparo alguno; y una vez terminada, se mostró muy satisfecho de la obra, diciéndole al testigo Patiño que quería ver correr inmediatamente el agua, haciéndola correr Patiño en abundancia hasta el potrero de **El Sembradero.** Agregan los testigos que en el mes de agosto de mil novecientos veintitrés, estando Suárez en el potrero de **El Sembradero**, dijo que estaba muy satisfecho de la obra que para él había construído el doctor Pinzón, la que aceptaba en todas sus partes; según los testigos Adolfo González y González Ponce, esta manifestación se la hizo al propio doctor Pinzón; los demás testigos no mencionan a Pinzón.

"De estas declaraciones pudieran inferirse dos hechos: que Suárez convino en modificar el contrato en el sentido de que las aguas se condujesen por el viaducto más bien que por tuberías o canal abierto en la tierra; y que Suárez aceptó tácita y expresamente la construcción del viaducto, declarando cumplido el contrato por Pinzón, cuando éste terminó la obra.

"A la aceptación del primer hecho francamente se opone el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, a virtud del cual deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos; ni será admisible la prueba de testigos en **cuanto adicione o altere lo que se expresa en el contrato**, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o **después de su otorgamiento.**"

Conceptúa el recurrente que la interpretación del Tribunal, tanto a lo que ha sostenido su mandante como al sentido del artículo 91, no puede ser más errónea.

Acerca de lo primero observa:

"Mi mandante no ha alegado novación, mi mandante lo que ha alegado es que pagó su obligación en exceso y que el acueducto o canal aéreo, aunque muy costoso para mi mandante, era más favorable para el señor Suárez que la zanja abierta en la tierra."

Acerca de lo segundo dice:

"'¿Qué significa, qué quiere decir el artículo 91 de la Ley 153 de 1887? Sencillamente que para la constitución de un vínculo jurídico, cuando el contrato pase de quinientos pesos, se requiera la prueba escrita, pero no ha dicho que para la disolución del vínculo jurídico se requiera prueba escrita, porque entonces no podría nunca probarse un pago de más de quinientos pesos, sino por escrito, lo cual es un absurdo y pugna contra la ley."

Se observa:

Interpretado el precepto del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, en armonía con el interés social que lo informa de proteger la fe probatoria del documento contra los abusos de la prueba testifical, para que aquélla no sea superada por ésta, hay que convenir en que allí no sólo se rechaza la prueba testimonial para acreditar estipulaciones que se pretenda hacer valer como sobrentendidas en un contrato escrito, de acuerdo con lo que los testigos digan haber oído de los contratantes, antes, después, o en el acto de la celebración, sino que la inadmisibilidad de esa prueba se extiende aún para la comprobación de contratos posteriores, en virtud de los cuales se extinga o modifique el anterior, ya que así también vendría a hacer prevalecer la prueba oral sobre la prueba escrita. Pero en el presente caso no se trata de una estipulación que debiendo hallarse en el documento de seis de abril de mil novecientos veintitrés, no aparece allí y se pretende probarla con testigos, ni de un contrato posterior a la convención documental, en virtud de

la cual se extingan o se noven las obligaciones que de ésta le resulten al demandado, o se hagan menos gravosas para éste esas mismas obligaciones, sino de un simple acuerdo entre las partes en cuanto al modo de cumplirlas, por cierto en condiciones más gravosas para el demandado, y más ventajosas para su acreedor, señor Suárez, según lo aseveran los peritos doctores Luis A. Bazzani, Alberto Manrique Martín y Jorge Rodríguez Ramírez, quienes en asocio del Juez primero civil del Circuito de Zipaquirá, comisionado al efecto, practicaron la inspección ocular, en la primera instancia del juicio, pedida por la parte demandante como prueba a su favor. En esa inspección, practicada el diez y siete de abril de mil novecientos treinta y uno, expusieron los peritos:

"En el sitio apropiado del potrero **Santa Bárbara**, hallamos construída una caja de distribución de aguas para riego de varios potreros. Dicha caja, en nuestro concepto, está bien dispuesta y construída debidamente; pues aun cuando, según las apariencias y los informes recibidos a la hora de la diligencia, hace algún tiempo que no se usa, no presenta todavía daños ni desperfectos de ninguna clase.

"A partir de esta caja de distribución y en dirección hacia el potrero **El Sembradero**, de la finca **La Verbena**, pudimos observar un acueducto elevado en una extensión de más o menos 600 metros y formado de una canal de lámina de hierro galvanizado, la cual tiene forma semicircular con un diámetro o ancho de 40 centímetros. Dicha canal está montada en zancos de madera aserrada, colocados uno frente del otro y a una distancia longitudinal, en el sentido de la canal, de un metro con veinte centímetros (1.20 m). Esos zancos de madera están encabados en cemento como protección por quedar enterrados. Pudimos observar que a pesar del tiempo que hace que fue construído ese acueducto o canal, los postes o zancos dichos presentan bastante solidez. En la prolongación de ese acueducto hacia el mismo potrero **El Sembradero**, vimos las huellas de otra parte del mismo, no ya con la canal de hierro que, según informes, ha sido destruída, sino los zancos o postes antes descritos en una extensión de más o menos 300 metros, y al final, hasta llegar a la parte central del potrero, que es también la más alta, vimos las huellas de zanjas abiertas en la tierra, las cuales seguramente distribuían el agua que llegara por el canal dicho para efectuar el riego de los terrenos. Según pudimos observar, por los rastros, con el propósito de llevar las aguas de la caja de distribución dicha al potrero **El Sembradero**, en un principio se abrió en la tierra una zanja; pero seguramente en vista de la permeabilidad del terreno y de su topografía se optó por conducir las aguas por el canal elevado de que hemos hablado antes, cambio que en nuestro concepto favoreció el objeto de la obra, porque permitió llevar toda el agua que se tomara en la caja de distribución al lugar de su destino, ocasionando naturalmente un mayor costo, una mayor durabilidad y mayor éxito.

"Como hemos leído las cláusulas del contrato que para hacer esa obra celebrara el doctor Adolfo Pinzón con el señor Rafael Suárez el día seis de abril de mil novecientos veintitrés, y como de acuerdo con lo que dejamos expuesto antes, hemos visto lo que aún hay de esta obra, podemos asegurar que por parte del contratista doctor Pinzón no solamente dio cumplido desarrollo a sus compromisos estipulados en el contrato dicho, sino que lo hizo en forma más de acuerdo con la técnica y con el objeto de la obra, a pesar de que la solución adoptada por él le ocasionó un mayor gasto que si hubiese hecho simplemente un canal abierto en la tierra."

Este dictamen pericial fue puesto en conocimiento de las partes, y aunque la demandante pidió su ampliación, esto no llegó a efectuarse por haberse citado para sentencia; pero ello no obsta para que se tenga en cuenta, como prueba incompleta.

Volviendo ahora al principio que consagra el mencionado artículo 91, que, según su tenor literal, sólo se refiere a las cláusulas verbales que se pretenda hacer valer como pertenecientes a la convención documental y omitidas en ella, pero que la jurisprudencia, acorde con el espíritu de esa disposición, lo hace extensivo a hechos jurídicos posteriores, que adicionen o modifiquen dicha convención, no ha de extremarse esta interpretación, haciendo extensiva la prohibición de que se trata a todo hecho posterior que, aunque directamente relacionado con la referida convención documental, no la modifica sustancialmente, ni tampoco a la simple ejecución de la misma convención, por pago. Así está generalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia de casi todos los países donde rige esta misma disposición.

En el presente caso resultan plenamente probados estos hechos:

1º Que con posterioridad al documento de seis de abril de mil novecientos veintitrés, Suárez y Pinzón convinieron en que la conducción del agua al potrero de **El Sembradero** no se hiciera por cauce abierto en la tierra, como había comenzado a abrirlo Pinzón, de acuerdo con el contrato, sino por el sistema de viaducto aéreo, en hierro galvanizado y sostenido por postes de madera, protegidos éstos con cemento en su parte inferior. Este hecho está comprobado con los testimonios de Antonio José Patiño, Adolfo González, Arturo González Ponce y Jacobo Forero, quienes exponen lo siguiente:

Antonio José Patiño dice:

"Es verdad lo que me consta por haberlo visto, oído y presenciado, que al principiar la construcción del canal o acequia a que la pregunta anterior se refiere, el señor Rafael Suárez se opuso a que fuera abierto en la tierra, y convino de acuerdo con Pinzón en que se hiciera el canal por el sistema de viaducto aéreo, en hierro galvanizado, y sostenido por soportes de madera protegidos con cemento en su parte inferior."

Adolfo González dice:

"En presencia, el señor Suárez le manifestó al doctor Pinzón que no le parecía que el canal que ya se había comenzado a construír en tierra, se continuara en esta forma, sino que más bien se hiciera por el sistema de viaducto aéreo, en hierro galvanizado y sostenido por soportes de madera protegidos con cemento en su parte inferior, cosa que se verificó por fin, por convenio entre los nombrados Suárez y Pinzón."

El doctor Arturo González Ponce dice:

"Me consta por haberlo visto y presenciado, que el señor Adolfo Pinzón principió los trabajos de la acequia en el terreno en forma de zanja, y que don Rafael Suárez le dijo en mi presencia que él quería que la acequia se hiciera sobre postes de madera con base de cemento y en hierro galvanizado, y así se hizo."

Jacobo Forero dice:

"Estando trabajando vi al doctor Pinzón y al señor Suárez conversando a bastante distancia de donde yo me encontraba; en seguida el doctor Pinzón se nos dirigió a los trabajadores diciéndonos que suspendiéramos los trabajos y tapáramos la zanja para hacer la obra total del acueducto por canales de lata galvanizada en forma aérea."

2ª Que Rafael Suárez presenció la construcción del canal de que se ha hablado, hasta su terminación, sin observación alguna; y que, una vez terminado el canal o viaducto, le dijo Suárez a Antonio José Patiño (uno de los que intervinieron en su construcción) que quería ver correr el agua, a lo cual accedió Patiño, quien hizo correr el agua por el canal, derramándose ésta en abundancia en el potrero **El Sembradero**. Así lo declaran como testigos presenciales de esos hechos, a saber: el mismo Patiño, Adolfo González, Jacobo Forero y el doctor Arturo González Ponce.

A esos hechos, plenamente comprobados, que demuestran el acuerdo habido entre Suárez y Pinzón para variar la forma en que debía de hacerse la conducción del agua al potrero **El Sembradero**, se agrega que, según lo declaran los testigos Adolfo González y doctor Arturo González Ponce, el mismo Rafael Suárez, después de terminada la obra, manifestó al doctor Pinzón, en presencia de ellos, que estaba muy satisfecho de la obra que para él había construído dicho doctor Pinzón. Los testigos Patiño y Forero aseveran haber presenciado y oído también esa manifestación hecha por Suárez, aunque no dicen si ello ocurriera o nó en presencia de Pinzón; pero de todos modos con esos testimonios queda plenamente comprobada la confesión extrajudicial de Suárez acerca de haber quedado la obra a su satisfacción; y, si bien esa confesión no alcanza a constituír, por sí sola, plena prueba de ese hecho, sino prueba deficiente o grave presunción, ella, unida a los otros indicios, plenamente comprobados, como el de que el acueducto, una vez terminado, estuvo prestando servicio en el potrero de Rafael Suárez, conocido con el nombre de **La Verbena**, vienen a constituír, en número plural, una prueba completa. La prueba de que el acueducto estuvo prestando servicio, resulta de las declaraciones de Evaristo Algarra, Juan Huertas y Absalón Porras.

La modificación que según los testigos arriba citados se le introdujo a lo estipulado en el documento, no varió la obligación contraída por el demandado de llevar las aguas hasta el potrero de **El Sembradero**, sino que apenas se modificó la forma en que ello había de realizarse, con mayor gravamen para el demandado y mayor beneficio para su acreedor, según el concepto de los peritos de que ya se ha hecho mérito.

Ahora, el concepto arriba expuesto de que lo preceptuado en el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, en la época en que ocurrieron los hechos que motivan esta litis, no era aplicable al modo de extinguir las obligaciones, lo confirma el hecho de que cuando el legislador creyó conveniente que tal precepto rigiera también en cuanto a la extinción de las mismas obligaciones de que allí se habla, lo estableció expresamente así, en el artículo 703 de la Ley 105 de 1931, en estos términos: "lo dispuesto en la ley civil sustantiva sobre restricción para admitir la prueba de testigos con relación a promesas u obligaciones cuya cuantía pasa de quinientos pesos, es aplicable tanto para establecer la existencia de esas promesas u obligaciones como para el modo de extinguirlas." Del texto de esta disposición rectamente se deduce que antes de su vigencia, lo dispuesto en la ley civil sustantiva sobre restricción para admitir la prueba de testigos con relación a promesas u obligaciones cuya cuantía pasara de quinientos pesos, no era aplicable al modo de extinguir esas promesas u obligaciones.

Por todas estas consideraciones, la Corte estima fundado el cargo del recurrente, y casable la sentencia acusada.

Las mismas consideraciones que preceden sirven para fundar el fallo de instancia con que ha de ser reemplazado el del Tribunal, con la adición de que en lo referente a la distribución de las aguas de manera de hacerlas llegar a los potreros de **El Juncal, La Esmeralda** y **El Cebadero**, en la inspección ocular practicada en la primera instancia del juicio, el diez y siete de abril de mil novecientos treinta y uno, a petición de la parte demandante, consta que "se encontraron en dirección a los terrenos de **El Juncal, La Esmeralda y El Cebadero**, rastros de antiguas zanjas por las cuales debió distribuírse el agua llegada por dicha canal."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que es materia de este recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintidós de noviembre de mil novecientos treinta y dos y, en su lugar, **resuelve:**

Confírmase la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado quinto en lo civil de Bogotá, el diez y ocho de julio de mil novecientos treinta y uno.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José Miguel Arango.

La prueba de testigos se excluye en cuanto con ella se quiera adicionar o alterar lo que se expresa en el acto o contrato, cuando él vale más de quinientos pesos. Esta prueba cuando los declarantes concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es plena, y si siendo plena no se toma en cuenta en el caso del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, no veo la razón para excluír esta prueba plena y admitir una incompleta, como lo es la de confesión extrajudicial y la de indicios, para demostrar lo que no se puede demostrar con una prueba completa, cosa que hizo la Sala en la anterior sentencia.

Lo que no puede demostrarse con una prueba, plena, completa, mal puede probarse con una incompleta.

La jurisprudencia, al interpretar el artículo 91, sólo ha dicho que esa disposición no reza con la confesión judicial, porque ésta es la prueba señora, no tratándose de contratos solemnes.

Por este motivo salvo mi voto.

Bogotá, marzo 15 de 1934.

José Miguel Arango

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado del Circuito de Girardota, el doctor Joaquín Agudelo, apoderado del señor Manuel S. Gómez, inició juicio ordinario contra el Municipio de Copacabana, para que se declarara:

1º Que la finca llamada **El Pedregal**, alinderada como se expresa en el hecho primero de esta demanda, actualmente de propiedad del señor Manuel S. Gómez, tiene derecho a usar las aguas de la quebrada **Piedras Blancas**, para los menesteres domésticos de sus habitantes, para el riego de la misma heredad, para abrevar animales, y especialmente, para dar movimiento a la máquina de moler caña que en tal finca existe desde hace muchos años.

2º Que el Municipio de Copacabana no es dueño de las aguas de la quebrada **Piedras Blancas.**

3º Que el Municipio de Copacabana no tiene, ni ha tenido, derecho para arrendar el uso de las aguas de la quebrada **Piedras Blancas** a los riberanos o a los dueños de fincas vecinas.

4º Que el Municipio de Copacabana no tiene derecho a impedir el uso que de las aguas de la quebrada **Piedras Blancas** hace el señor Manuel S. Gómez en su finca **El Pedregal**, para los menesteres domésticos, riego de la heredad, abrevar animales y mover la máquina de moler caña que allí tiene establecida.

5º Que las aguas que corren desde tiempo inmemorial por el cauce artificial construído por los dueños de la finca de **El Pedregal**, pertenecen exclusivamente a mi mandante Manuel S. Gómez como una anexidad o mejora de esa finca.

El Juez de la causa condenó al demandado de acuerdo con los términos de la parte petitoria de la demanda.

Por apelación del señor Alejandro Jiménez, Personero Municipal de Copacabana, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de octubre treinta y uno de mil novecientos treinta y tres, falló el pleito así:

"El Municipio de Copacabana no es dueño de las aguas de la quebrada **Piedras Blancas**, ni tiene, ni ha tenido derecho para arrendar el uso de las aguas de la quebrada **Piedras Blancas** a los riberanos o a los dueños de fincas vecinas, con excepción de las que conduce por acueducto para los usos domésticos de los habitantes, ni dicho Municipio tiene derecho a impedir el uso que de las aguas de la quebrada **Piedras Blancas** hace el señor Manuel S. Gómez en su finca **El Pedregal**, para los menesteres domésticos, riego de la heredad, abrevar los animales y mover la máquina de moler caña que allí tiene establecida."

"No hay lugar a hacer las otras declaraciones que se solicitan, y por tanto se absuelve al Municipio de Copacabana de los otros cargos de la demanda."

El señor Fiscal 1º del Tribunal interpuso casación. El Tribunal concedió el recurso por auto de fecha diez de febrero de mil novecientos treinta y cuatro.

El señor Alejandro Jiménez, en su condición de Personero Municipal de Copacabana y legalmente autorizado por el Concejo Municipal, desiste del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y tres. El desistimiento debe ser admitido por la Corte por reunir los requisitos prescritos por los artículos 461 y 465 del Código Judicial.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el desistimiento que hace el señor Personero Municipal de Copacabana del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Medellín, de treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y tres.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

En el juicio sobre liquidación de una sociedad, iniciado por Inés de la Torre de Holguín y otros contra María Zapata de la Torre y otros, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha cuatro de abril de mil novecientos treinta y tres, dictó sentencia de segundo grado por la cual confirmó la de primera instancia, proferida por el Juez 5º del Circuito el día veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y dos.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación todas las partes litigantes; tanto la parte demandante representada por el doctor Juan Uribe Cualla, como la constituída por el señor Evaristo Herrera y la señora Magdalena de la Torre de Herrera, y la parte demandada representada por el doctor Gonzalo Gómez.

Por auto de quince de septiembre del año próximo pasado, tal recurso fue admitido, y en consecuencia procede la Corte a resolverlo.

Los recurrentes alegan todos la misma causal de casación, o sea la señalada por el ordinal 6º del artículo 520 del Código Judicial.

El personero de los demandantes Camila de la Torre de Umaña y su esposo, María de la Torre, e Inés de la Torre de Holguín y su esposo, dice lo siguiente:

"Impugno la sentencia por la causal prevista en el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial, que es del siguiente tenor:

'Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley.'

"Conforme al artículo citado, son causales de nulidad en todos los juicios:

'1ª La incompetencia de jurisdicción.

'2ª La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante.

'3ª La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.'

"En este proceso concurren no sólo una, sino todas las tres causales de nulidad previstas en el citado texto legal. Al efecto: sucede que la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá el veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y

dos, folios 8 a 11 del cuaderno principal, no fue notificada a todas las partes del juicio, toda vez que no se surtió esa formalidad con relación a la demandante señora Magdalena de la Torre de Herrera, casada con el señor Evaristo Herrera, según puede verse a los folios 11 y 12, y en esas condiciones se concedió el recurso de apelación en auto de veinte de abril de mil novecientos treinta y dos.

"Con esa informalidad que es manifiesta en los autos, el expediente llegó a conocimiento del Tribunal Superior, y esta Superioridad vino a tramitar y decidir el recurso de apelación en sentencia de cuatro de abril de mil novecientos treinta y tres, sin que se hubiera llenado la formalidad pretermitida. El Tribunal, al tiempo de fallar el recurso, no dio aplicación al artículo 455 del Código Judicial, que le ordenaba imperativamente mandar poner en conocimiento de las partes, las causales de nulidad que observo y resolver sobre ellas.

"Es claro, pues, que no habiéndose notificado a todas las partes la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá no adquirió la debida jurisdicción para actuar en este asunto, y por lo tanto es nula toda la segunda instancia del proceso."

La parte recurrente demandante integrada por el señor Evaristo Herrera y su esposa Magdalena de la Torre de Herrera, en su demanda de casación alega exactamente las mismas causales formuladas por el señor apoderado del primer grupo demandante. El señor personero de la parte recurrente demandada, alega también la causal 6ª de casación, fundada en las mismas razones que aducen los demás recurrentes.

Considera la Corte que en efecto la sentencia de primera instancia no fue notificada a la demandante señora Magdalena de la Torre de Herrera, representada por su marido señor Evaristo Herrera, y no obstante esta informalidad, se concedió el recurso de apelación ante el Tribunal. Es evidente que la actuación de primera instancia no había terminado cuando se concedió la apelación, y el Tribunal carecía de jurisdicción para conocer de un negocio en que no se había surtido todavía toda la tramitación de la primera instancia. El Juez no había perdido aún la jurisdicción, y por lo mismo no pudo adquirirla el superior para conocer de la segunda instancia del juicio.

Está, pues, justificada la causal de casación propuesta por todas las partes en este recurso, de modo que debe infirmarse el fallo recurrido, y con aplicación de los artículos 448 y 458 del Código Judicial, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia materia de este recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el cuatro de abril de mil novecientos treinta y tres; anula lo actuado desde el folio trece del cuaderno número cuarto, en que aparece concedida la apelación de la sentencia de primera instancia por auto de veinte de abril de mil novecientos treinta y dos, hasta el folio veintitrés, inclusive, del mismo cuaderno, en que figura el auto de fecha cuatro de octubre del mismo año.

Condénase en las costas provenientes de la anulación, de por mitad, al señor Juez de la primera instancia, y a los señores Magistrados del Tribunal de Bogotá que suscribieron el fallo de segunda, casado por esta sentencia.

Devuélvase el expediente al mencionado Tribunal para que éste lo remita al Juzgado de la primera instancia, a fin de que, hechas las notificaciones legales de la sentencia del Juez, continúe el curso del juicio.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Manuel Vicente Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Vistos:

Por escrito fechado el veintiuno de enero de mil novecientos treinta y uno, y repartido al Juzgado 2º del Circuito de Bogotá, Pedro Pablo Maldonado y Leovigildo Maldonado demandaron al doctor Víctor Lombana, "para que, con citación y audiencia de este señor, y por sentencia definitiva, se le condene a lo siguiente:

"A entregarnos—dicen los demandantes—dentro del término legal o de aquel de días que el Juzgado fije, los siguientes inmuebles:

"**a)** Un globo o lote de tierra ubicado en el sitio denominado **Potrero Díaz,** jurisdicción del Municipio de Cunday, Departamento del Tolima, con una cabida o extensión superficiaria de ciento sesenta y tres hectáreas ocho mil metros cuadrados (Hs. 163:8,000 m2), o sean doscientas cincuenta y cinco fanegadas nueve mil trescientas setenta y cinco varas cuadradas (fs. 255:9,375 v2), por los siguientes linderos: "desde el punto sobre la quebrada de **Santa Ana,** donde hay un mojón marcado con la letra O y próximo al punto en que atraviesa esta quebrada el camino que conduce del río Wichía a **Montecarlo y El Placer,** se sigue en línea recta en dirección Noreste, formando un ángulo de veintiocho grados veinte minutos (28º 20') de azimut, hasta dar al mojón marcado con la letra N, lindando en este trayecto con el lote número seis (6), adjudicado a Bartolomé Godoy; de este mojón N, se sigue en línea recta y en dirección Norte, lindando con el lote número ocho (8) adjudicado a los herederos de Nicolás Aguilar, hasta dar al mojón marcado con la letra S; de este punto se vuelve en dirección Suroeste, formando un ángulo de doscientos treinta grados treinta minutos (230º 30'), a dar en línea recta al mojón marcado con la letra R; de este punto se vuelve en dirección Sureste, en línea recta, hasta la quebrada de **Santa Ana,** en cuya margen derecha hay un mojón marcado con la letra P; de este punto se sigue la quebrada de **Santa Ana,** aguas arriba, hasta encontrar el mojón o primer lindero.'

"**b)** Una casa de habitación cubierta con teja metálica, con el terreno en que está edificada y su solar anexo, situada sobre uno de los costados de la plaza pública de la población del Municipio de Cunday, por los siguientes linderos: 'por un costado o sea por el frente, con la mencionada plaza; por otro, con calle pública; por otro, con casa y solar de Saturnino Vargas y solar de Leopoldo Barón; por otro, con calle pública; por otro, con solar de Angel Grimaldo, Filemón Celis y Gala Ortegón, y por el último, con casa y solar de Fructuoso Llanos.'

"A pagarnos o indemnizarnos los perjuicios que se nos han causado y que hemos sufrido por hecho o culpa del demandado doctor Víctor Lombana, provenientes de la falta de cumplimiento, por su parte, en la no entrega de aquellos inmuebles.

"Subsidiariamente o para el caso de que el demandado doctor Víctor Lombana no cumpla con la obligación de hacernos la entrega de los inmuebles antes relacionados, por la situación, cabida y linderos que dejamos determinados en los dos primeros puntos petitorios anteriores, y por cuanto que para el evento de tal caso desistimos del contrato de compraventa consignado en la escritura número 2288 de fecha primero de agosto de mil novecientos treinta, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, se decrete la resolución de tal contrato, con la indemnización de perjuicios consiguientes, a nuestro favor que se nos han causado, y mediante las prestaciones mutuas correspondientes."

Como fundamentos de esa demanda adujo estos hechos:

"1º Por medio de la escritura pública número 2288, de fecha primero de agosto de mil novecientos treinta, el señor doctor Víctor Lombana nos vendió y nosotros le compramos, un globo o lote de terreno situado en jurisdicción del Municipio de Cunday, sitio o paraje denominado **Potrero Díaz**, con una cabida o extensión superficiaria de ciento sesenta y tres hectáreas ocho mil metros cuadrados (Hs. 163. 8,000 m2), o sean doscientas cincuenta y cinco fanegadas nueve mil trescientas setenta y cinco varas cuadradas (Fs. 255. 9,375 v2), alinderado como se expresa tanto bajo el punto A petitorio de esta demanda, como en el título que presentamos. Tal inmueble no se nos ha entregado, real y materialmente, por el tradente doctor Víctor Lombana, ni por persona alguna recomendada por éste para verificar la entrega; esto, por una parte, que por otra, la cabida de tal inmueble, en cuya relación se nos vendió, es inferior, en mucho, a la estipulada en el contrato.

"II. La casa con su solar anexo y el terreno en que está edificada, no reúne los linderos por los cuales se dijo, en el contrato, comprendían este inmueble; tal inmueble no se nos ha entregado, real y materialmente, por el tradente, doctor Víctor Lombana; él está ocupado por la colecturía de rentas del Municipio de Cunday, como arrendatario, el Departamento del Tolima, del mismo doctor Víctor Lombana, y este señor ha percibido y percibe aún los frutos civiles o arriendos, de conformidad con el contrato celebrado con el Administrador de Hacienda de aquel Departamento.

"III. Hay personas que alegan derechos al dominio de parte del lote de terreno situado en el **Potrero Díaz**, quienes poseen esa parte con o sin título, y personas que alegaban dominio a parte del solar anexo de la casa situada en la plaza de la población del Municipio de Cunday, quienes poseen esa parte con o sin título.

"IV. El señor Víctor Lombana, vendedor de los inmuebles de que venimos ocupándonos, se niega rotundamente a verificarnos la entrega de ellos, no obstante nuestras repetidas solicitudes al respecto, ya personalmente, ya por conducto de varias personas; y comprendemos que su negativa obedece a que, cuando él celebró el contrato con nosotros, ya sabía que los inmuebles que nos vendía estaban ocupados, en parte, por terceros, hechos que nos ocultó.

"V. Uno de los fundamentos expuestos por el señor doctor Víctor Lombana para negarse a cumplir con la obligación de entregarnos las cosas que nos vendió, lo deduce de la declaración que él hace en la última parte de la cláusula sexta del contrato, cuando dijo: 'y que los compradores están en posesión real y material de las fincas vendidas'; declaración hecha por el mismo vendedor, inocua toda vez que sin haber hecho la entrega, como está obligado, no era posible que los compradores estuviéramos en posesión real y material de una cosa que no se nos ha entregado.

"VI. Como los suscritos demandantes, como compradores de los inmuebles, hemos quedado debiendo parte del precio porque compramos aquellos inmuebles, y para garantizar el pago de lo debido, constituímos hipoteca sobre los mismos inmuebles, no estamos obligados a cumplir con nuestra obligación, mientras el vendedor doctor Víctor Lombana no cumpla por su parte con las obligaciones de sanearnos lo que nos ha vendido, de entregarnos los inmuebles que le compramos por la situación, cabida y linderos, en consideración a los cuales le compramos.

"VII. Los suscritos demandantes hemos sufrido perjuicios de magnitud por falta de cumplimiento por parte del demandado, de las obligaciones que la ley le impone, como vendedor, la indemnización de esos perjuicios, o, mejor, el monto de éstos, lo haremos fijar en el curso del juicio que surge de esta demanda o en otro de ejecución de la sentencia."

El demandado se opuso a lo pedido en esa demanda, y, en cuanto a los hechos en que ella se funda, contestó así:

"1º Es cierto que les vendí los inmuebles que reza la escritura que acompañaron a la demanda. No es cierto que su cabida sea menor que la indicada en el respectivo instrumento; como no es cierto que yo no les haya entregado estos inmuebles, pues, como lo probaré con testigos, con posiciones, y con la declaración del mismo hijo del señor Pedro Pablo Maldonado, que acompañó a su padre a visitar las fincas, ambos vieron con sus propios ojos que el señor Leovigildo Maldonado trabajaba, mantenía peones y vivía en la finca de **Campoalegre** en una casa, en compañía de otras personas cuyos nombres después se sabrán.

"2º Niego este hecho, porque la casa tiene los linderos expresados, y se les entregó y están en posesión de ella, como lo comprueba el telegrama que acompaño.

"3º Niego este hecho, porque mal puede una persona alegar derecho de dominio sin título, por ser un contrasentido jurídico.

"4º Niego este hecho.

"5º Es cierto que una de las pruebas de que están en posesión los demandantes es la declaración contenida en la escritura; pero no es cierto que esa declaración no corresponda a la realidad, pues los demandantes, no sólo están en posesión de la finca, sino que están gozando de sus frutos y enriqueciéndose con ellos.

"6º Es cierto, no sólo que me deben casi todo el precio de la finca y que se niegan a pagármelo; pero no es cierto que estén exentos de esta obligación.

"7º No es cierto que hayan sufrido perjuicio, pues, los rendimientos de las fincas les aumentan su caudal día por día.

"En cuanto al derecho que alegan para sustentar sus injustas pretensiones, niego que los favorezca, pues los artículos que han citado sólo amparan a los compradores que, habiendo cumplido con su obligación, no han obtenido del comprador el cumplimiento de la que le pertenece."

Y agregó el demandado:

"Propongo como excepción perentoria el hecho de que los demandantes no me han pagado la casi totalidad del valor de las fincas."

Por sentencia proferida el once de marzo de mil novecientos treinta y dos, el Juzgado absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

Los demandantes apelaron de esa sentencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la revocó por medio de la suya, de siete de abril de mil novecientos treinta y tres, y, en su lugar, falló así la controversia:

"1º Declárase que el demandado Víctor Lombana está obligado a entregar a los demandantes Pedro Pablo Maldonado y Leovigildo Maldonado, seis días después de ejecutoriado este fallo, la parte del inmueble de **Campoalegre**, dividida en dos porciones, la una en forma de triángulo y la otra en una figura de cuatro lados, determinada la primera así: del mojón R. al mojón K.; de aquí, al punto en donde debe estar situado, según la escritura número 2288, otorgada en la Notaría segunda de este Circuito el primero de agosto de mil novecientos treinta, el mojón Q., y de aquí, al mojón R. Y la otra: desde el punto en donde debe estar colocado el mojón Q., según escritura número 2288 mencionada, al mojón K.; de aquí, siguiendo por la línea divisoria indicada por los Orjuelas como límite de sus fincas, con la de **Campoalegre**, hasta la quebrada de **Santa Ana**; por ésta, aguas abajo, hasta el sitio en donde debe estar situado el mojón P., y de aquí, al lugar en donde debe estar situado el mojón Q.; porciones estas dos que forman parte del nombrado inmueble de **Campoalegre**, el que está alinderado en general así: 'desde el punto sobre la quebrada de **Santa Ana**, donde hay un mojón marcado con la letra O. y próximo al punto en que atraviesa esta quebrada el camino que conduce del río Vichía a **Montecarlo** y **El Placer**, se sigue línea recta, en dirección Noroeste, formando un ángulo de veintiocho grados veinte minutos (28º 20') de azimut, hasta dar al mojón marcado con la letra N., lindando en este trayecto con el lote número seis, adjudicado a Bartolomé Godoy; de este mojón N. se sigue en línea recta y en dirección Norte, lindando con el lote número ocho, adjudicado a los herederos de Nicolás Aguilar, hasta dar al mojón marcado con la letra S.; de este punto se vuelve en dirección Suroeste, formando un ángulo de doscientos veinte grados treinta minutos (220º 30'), a dar, en línea recta, al mojón marcado con la letra R.; de este punto se vuelve en dirección Suroeste, en línea recta, a dar al mojón marcado con la letra Q.; de este punto se vuelve en dirección Suroeste, formando un ángulo de doscientos ocho grados treinta minutos (208º 30'), y se sigue en línea recta hasta la quebrada de **Santa Ana**, en cuya margen derecha hay un mojón marcado con la letra P.; de este punto se sigue la quebrada de **Santa Ana**, aguas arriba, hasta encontrar el mojón o primer lindero.'

"El demandado está igualmente obligado a entregar a los demandantes ya nombrados, dentro del mismo término, la casa y los solares de la población de Cunday, vendidos en la escritura número 2288 ya mencionada, y que se hallan comprendidos dentro de esos linderos: 'por un costado, o sea por el frente, con la mencionada plaza; por otro, con calle pública; por otro, con casa y solar de Saturnino Vargas y solar de Leopoldo Barón; por otro, con calle pública; por otro, con solar de Angel Grimaldo, Filemón Celis y Gala Ortegón, y por último, con casa y solar de Fructuoso Llanos,' excluyendo la porción que ya tienen los demandantes en su poder, la que está determinada así: por el frente, con la plaza pública; por el Sur, con casa y solar de Saturnino Vargas; por el Oriente, con solar de Custodio Santos, en parte, y en parte, con solar de Fructuoso Llanos; y por el Norte, con casa de Fructuoso Llanos, en parte, y en otra parte con calle pública; la porción que debe ser entregada es la parte de dos solares que tienen encerrados por cercas Custodio Santos y Lucas Moreno.

"2º Condénase al mismo demandado al pago de los perjuicios que a los demandantes se les hayan seguido por la no entrega de las partes de los inmuebles a que se refiere el punto anterior.

"3º No está demostrada la excepción propuesta por el demandado.

"4º Absuélvese al demandado de los otros cargos que contiene la demanda; y

"5º No se hace condenación en costas en ninguna instancia."

El demandado interpuso el recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal. La Corte admitió el recurso y procede a fallarlo.

Señala el recurrente como motivos de casación del fallo acusado, los expresados en los numerales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial, y, entre otras razones, expone lo siguiente:

Primera causal.

"El Tribunal—dice el recurrente—afirma en la sentencia, (página 17 del cuaderno número 5), que 'los linderos de **Campoalegre** no se hallan en el hecho conformes con los que se relataron en la escritura, porque los mojones Q. y P. no fueron hallados por el Juez que practicó la inspección ocular, en el sitio que les corresponde, según la escritura número dos mil doscientos ochenta y ocho.'

"A esto observo: las atestaciones consignadas en el acta contentiva de la inspección ocular, en orden al sitio que debieran ocupar los mojones Q. y P., tienen su fundamento en los cálculos y operaciones de carácter técnico llevados a cabo por los peritos en el acto de la diligencia, cálculos y operaciones que no constituyen los hechos y circunstancias cuya observación, hecha por el Juez, forma plena prueba, según lo establece el artículo 730 del Código Judicial, sino puntos materia del dictamen pericial, una vez que para su comprobación se exigen conocimientos y prácticas especiales (artículo 705 del Código Judicial). Afirma también el Tribunal que parte de esa finca se halla en poder de los Orjuelas, y se funda para ello en que el Juez expresa de manera clara 'que la extensión de tierra que forma el triángulo de que habla la diligencia,' lo mismo que la extensión de tierra que forma la figura de cuatro lados, de que trata el mismo funcionario, están en poder de los mismos Orjuelas. Basta leer la parte pertinente de la referida diligencia,

para deducir de manera evidente que, tanto el triángulo como la figura de cuatro lados, cuya extensión se dice está en poder de los Orjuelas, fueron determinados como consecuencia de los cálculos y operaciones de carácter técnico realizados por los peritos, los cuales se sirvieron de la copia del plano topográfico de **Potrero Díaz**, que fue levantado por el partidor doctor Pablo E. Lucio, copia que aparece tomada por el doctor Francisco Triana R., para determinar el ángulo y la distancia que sirvieron de datos para principiar a medir, partiendo del punto R., con el fin de localizar el punto Q.; como también se sirvieron del mismo plano para tomar el ángulo de noventa y dos grados, treinta minutos (ángulo R. Q. P)."

Continúa el recurrente:

"Refiriéndose al dictamen pericial, del cual son parte integral esos cálculos y operaciones, dicen los señores Magistrados que suscribieron la sentencia acusada: 'el dictamen pericial producido con ocasión de la diligencia anterior, no fue puesto en conocimiento de las partes, y, por lo mismo, es un elemento probatorio que quedó sin perfeccionar.' Así las cosas, la lógica jurídica estaba indicando que esta prueba no podía servir de base para condenar al demandado (artículo 593 del Código Judicial), y si tal cosa hizo el Tribunal, como parece del contexto de su razonamiento, desligándola del valor probatorio que tienen los elementos de convicción deducidos de las simples observaciones hechas por el Juez, entonces tendríamos que el Tribunal dio a esas observaciones un alcance mayor del que le asigna la primera parte del artículo 730 del Código Judicial. Al tener el Tribunal como signo evidente de que dentro de esos triángulos y cuadriláteros formados como consecuencia de los cálculos y operaciones verificados por los peritos, poseían mejoras los Orjuelas, basado en que éstos lo dijeron en presencia del Juez, y aquéllos hicieron las rectificaciones de los linderos de la finca de **Campoalegre** en forma tal que llegaron a la conclusión de que dentro de esas figuras estaban localizadas dichas mejoras, también en presencia del Juez, en realidad de verdad, apreció los datos de los testigos y de los peritos, y, por tanto, pruebas producidas sin los requisitos legales: una vez que para el esclarecimiento de ciertos hechos, se requiere la intervención de peritos; que los testigos deben ser previamente juramentados (y los Orjuelas no lo fueron); y, que, en cuanto a los puntos materia del dictamen pericial, la fuerza probatoria de éste se aprecia conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos, una de las cuales es que ese dictamen siempre debe ponerse en conocimiento de las partes.

"Ahora: si para purificar la prueba, el Tribunal no tomó en cuenta sino las meras observaciones del Juez, es claro que incurrió en la equivocación de asignar a un funcionario judicial funciones que no le corresponden: es decir, confundió la prueba que suministra la simple vista ocular del Juez con la pericial y la testimonial.

"Del análisis anterior se deduce que en la sentencia acusada, el Tribunal cometió errores de hecho y de derecho al apreciar la diligencia de inspección ocular de que se viene haciendo mérito, y por lo tanto violó los artículos 705, 719, 724, 730, 593, 601, 683 y 684 del Código Judicial."

Se observa:

Para apreciar la exactitud de los hechos aducidos por el recurrente como fundamento de esta acusación, conviene transcribir a continuación la parte pertinente de la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez del Circuito de Melgar, comisionado al efecto, en los días veintitrés y veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y uno.

Dice la diligencia del día veintitrés:

"Se inició la determinación del globo o lote de terreno denominado **Campoalegre** a que se refiere el punto primero del memorial petitorio de pruebas que se transcribe en el despacho comisorio, partiendo del mojón marcado con la letra R., mojón que consiste en una piedra grande marcada en su parte superior.

"Como la alinderación que trae el despacho referido no determina el rumbo ni la distancia del punto R. al mojón Q., los señores peritos para poder determinar este último punto, se sirvieron de la copia del plano topográfico de **Potrero Díaz** que fue levantado por el partidor doctor Pablo E. Lucio, copia que aparece tomada por el doctor Francisco Triana R. y que está autorizada por el Notario de este Circuito, tomados así el ángulo y distancia de esta línea, resultaron para el primero un valor de 78° 00' (ángulo S. R. Q.), y para la distancia un valor de 532 metros, datos con los cuales se principió a medir, partiendo del punto R. referido, con el fin de localizar el punto Q. hasta completar una distancia de 440 metros. Al medir esta línea y a una distancia de 236 metros 38 centímetros del punto R., se encontraron algunas mejoras consistentes en plantaciones de yuca, plátano y maíz, las cuales son reconocidas como de propiedad de los señores Siervo Orjuela e hijos y que fueron atravesadas por la línea que se trazaba en un trayecto de 44 metros 18 centímetros, quedando la mayor de tales plantaciones en una extensión aproximada de una hectárea en terrenos de la finca de **Campoalegre**. Sobre la continuación de la misma línea y a una distancia de 428 metros 70 centímetros del citado mojón R., se encontraron otras plantaciones consistentes en caña de azúcar, yuca y unas pocas matas de plátanos, plantaciones que también son reconocidas como de propiedad de los señores Orjuelas nombrados. La línea avanzó por entre estas mejoras hasta la distancia de 440 metros ya expresada, donde terminó la medida por ser avanzada la hora, quedando el punto terminal de esta línea medida dentro de dichas sementeras."

Dice la diligencia del veinticuatro:

"Se procedió a continuar la diligencia suspendida el día de ayer; así: a partir de los 440 metros medidos ayer de la letra R. hacia el mojón Q., y en la misma dirección se midieron 92 metros que faltaban para completar los 532 metros que según el plano debe haber del mojón R. al mojón Q. En este punto los peritos y el Juzgado buscaron una extensión de 25 metros de lado y lado al mojón Q., sin que se lograra encontrarlo. En el trayecto de 92 metros continúan las mismas mejoras de caña, yuca y plátano, relacionadas en la última parte del acta de ayer y el punto en donde debe existir, de acuerdo con el plano; el mojón Q. quedó localizado al pie de una zanjita dentro de dichas mejoras y hacia el extremo oriental de ellas. De este punto se dio comienzo al trazado de la línea que une los mojones Q. y P., tomando un ángulo de 92° 30' (ángulo R. Q. P.), sacado también del plano topográfico de **Potrero Díaz**, levantado por el ingeniero doctor Pablo E. Lucio, de que se habló en la diligencia anterior, ángulo que concuerda con el rumbo

magnético de doscientos ocho grados treinta minutos Suroeste que indica la alinderación determinada en el punto primero del memorial de pruebas que se transcribe en el despacho comisorio. En esta dirección se llegó a la quebrada de **Santa Ana**, en su margen derecha, resultando una distancia de 695 metros 78 centímetros, que concuerda con una aproximación en más de 30 metros con el dato que arroja el plano. En el punto terminal de esta línea, en la quebrada, y arriba y abajo de este punto, en una extensión de 25 metros, se buscó igualmente el mojón P., sin que fuera hallado. En seguida el personal de la diligencia se trasladó al punto en donde en la actualidad se halla una piedra grande natural, que fue señalada por los señores Siervo, Enrique y Efraím Orjuela, como el mojón Q., por el cual, según afirmaron estos señores en el momento de la diligencia, recibieron la posesión, según entrega que les hizo el Juez del Circuito, entonces doctor Víctor Lombana, y el partidor, doctor Pablo E. Lucio. Esta piedra últimamente referida está marcada confusamente con una letra K. y se halla hacia el oriente del punto que se determinó anteriormente donde debió existir el mojón Q., y la línea que une dicha piedra con tal punto, con las que unen los mismos piedra y punto con el mojón R., forman un triángulo cuya cabida superficiaria queda incluída dentro del predio de **Campoalegre**, cabida que será determinada precisamente por los señores peritos. En seguida los mismos señores Orjuela enseñaron o mostraron al Juzgado y a los señores peritos la dirección de la línea que divide sus predios de los de **Campoalegre**, y que principia en la piedra marcada con la letra K. y va a terminar a la quebrada de **Santa Ana**. Teniendo en cuenta esta línea indicada por los señores Orjuela y la línea que según la determinación hecha hoy debe unir los mojones Q. y P. que no existen, se forma uniéndolas por sus extremos, una figura de cuatro lados, uno de los cuales es la quebrada de Santa Ana, figura cuya cabida superficiaria se encuentra dentro del lote de **Campoalegre**, está cultivada en gran parte con cafetales, pastos, caña de azúcar y parte de una casa de habitación, mejoras que son reconocidas como de propiedad de los señores Orjuela nombrados."

Como se ve, la determinación del globo o lote de terreno denominado **Campoalegre**, sólo se hizo valiéndose los peritos del plano topográfico de **Potrero Díaz**, levantado por el doctor Pablo E. Lucio, mediante ciertas operaciones científicas, como lo son la medida de los ángulos y la determinación del rumbo magnético de las líneas, que para llevarlas a cabo son necesarios ciertos conocimientos especiales. El acta de la inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez; pero esto ha de entenderse únicamente en el caso de que las conclusiones o constancias consignadas en ese documento, sean el resultado de las apreciaciones personales y directas del Juez por las exterioridades de la cosa inspeccionada, pues si para la apreciación de esos hechos y circunstancias son necesarios o convenientes conocimientos especiales, la eficacia de esa prueba está subordinada a la de dictamen de perito, cuya intervención es indispensable.

La parte demandante, que fue la que pidió la prueba de la inspección ocular, consideró que para la eficacia de ésta era necesaria la intervención de peritos; así lo pidió y así se practicó. Ahora, como ya se deja insinuado, en todo aquello en que el objeto de la prueba requiera estudios y demostraciones científicas, y, por ende, la intervención de peritos, el dictamen de éstos, aunque haga parte de la inspección ocular, siempre ha de ponerse en conocimiento de las partes, quienes pueden pedir su ampliación, o tacharlo de error, dolo o ignorancia. Así lo ha decidido la Corte en varias ocasiones.

Por consiguiente, la fuerza probatoria de esa prueba, en cuanto las apreciaciones del Juez hubieran de fundarse en las operaciones y conceptos científicos de los peritos, quedó sujeta a las reglas dadas para la apreciación del dictamen pericial; pero, como lo observa el mismo Tribunal sentenciador, el dictamen pericial "no fue puesto en conocimiento de las partes, y, por lo mismo, es un elemento probatorio que quedó sin perfeccionar," esa prueba carece de mérito probatorio. Así, pues, como las constancias dejadas en el acta de inspección ocular, fundadas en las operaciones matemáticas y apreciaciones científicas de los peritos y no en la "mera observación del mismo Juez," constituyen el fundamento principal que tuvo el Tribunal para conceptuar que "los linderos de **Campoalegre** no se hallan en el hecho conformes con los que se relataron en la escritura," resulta fundado el cargo de que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de esa prueba. La sentencia es casable por este motivo.

No ocurre lo mismo en lo referente a la finca marcada con la letra **b)** en la parte petitoria de la demanda, o sea la casa de habitación con el terreno en que está edificada y su solar anexo, sobre uno de los costados de la plaza pública de la población del Municipio de Cunday, pues todo lo que con relación a dicho solar se hizo constar en el acta de la inspección ocular es el resultado de las propias y directas percepciones del Juez que practicó la diligencia, sobre hechos perceptibles a la simple vista, sin necesidad de cálculos y operaciones científicas de parte de los peritos ni de deducciones y apreciaciones subjetivas del Juez.

A las consideraciones que preceden, conviene agregar, para fundar la sentencia de instancia con que se ha de reemplazar la del Tribunal, lo siguiente, en relación con la finca nombrada **Campoalegre**:

Los demandantes pidieron la entrega de "un globo o lote de tierra ubicado en el sitio denominado **Potrero Díaz**, jurisdicción del Municipio de Cunday, Departamento del Tolima, con una cabida o extensión superficiaria de ciento sesenta y tres hectáreas ocho mil metros cuadrados (Hs. 163.8,000 m2), o sean doscientas cincuenta y cinco fanegadas nueve mil trescientas setenta y cinco varas cuadradas (fs. 255.9,375 v2)."

Sobre este particular dice el Juzgado de primera instancia:

"El doctor Lombana vendió a los señores Maldonado dos fincas por linderos determinados; de esas dos fincas, la primera, o sea la situada en el paraje denominado **Potrero Díaz**, fue vendida por cabida, al tenor del inciso 2º del artículo 1887 del Código Civil," y ese artículo establece lo siguiente:

"Artículo 1887. Un predio rústico puede venderse con relación a su cabida, o como una especie o cuerpo cierto.

"Se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren que no entiendan hacer diferencia en el precio; aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato.

"Es indiferente que se fije directamente un precio total, o que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresa, y del precio de cada medida.

"Es asimismo indiferente que se exprese una cabida total o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio, con tal que de estos datos resulte el precio total y la cabida total.

"Lo mismo se aplica a la enajenación de dos o más predios por una sola venta. En todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto."

En la escritura de venta de los inmuebles de que tratan estos autos, se hizo constar "que los compradores están en posesión real y material de las fincas vendidas"; y, aunque es cierto que esa declaración admite prueba en contrario, en este proceso se ha comprobado que los demandantes (compradores), señores Maldonado, sí están en posesión de la finca **Campoalegre**, o al menos de gran parte de ella. Pero los demandantes alegan como fundamento o razón de su demanda que "hay personas que alegan derecho al dominio de parte del lote de terreno situado en el **Potrero Díaz**, quienes poseen esa parte con o sin título," y esto mismo está demostrando que no es que ellos no estén en posesión del terreno comprado, sino apenas de una parte de él que es la que—según ellos—no les ha sido entregada, y, en tal caso, lo procedente sería exigir del vendedor la entrega de lo que falta o la disminución proporcional del precio, sea que haya sido vendido con relación a su cabida, o como un cuerpo cierto, con señalamiento de linderos, según lo establecen en sus respectivos incisos, los artículos 1888 y 1889 del Código Civil.

Tampoco puede prosperar la petición subsidiaria consignada en el libelo de demanda, toda vez que, como queda dicho, en relación con el predio denominado **Campoalegre**, no existe prueba apreciable de que la cabida o los linderos de dichos predios no estén conformes con lo que reza la escritura de venta.

De acuerdo con lo que viene expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia recurrida dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el siete de abril de mil novecientos treinta y tres, y, en su lugar, **resuelve:**

1º Revócase la sentencia de primera instancia proferida en este proceso por el Juzgado segundo civil del Circuito de Bogotá el once de marzo de mil novecientos treinta y dos.

2º Declárase que el demandado doctor Víctor Lombana está obligado a entregar a los demandantes Pedro Pablo Maldonado y Leovigildo Maldonado, seis días después de ejecutoriado este fallo, la casa y los solares de la población de Cunday, vendidos por medio de la escritura 2288 ya mencionada, y que se hallan comprendidos dentro de estos linderos:

"Por un costado, o sea por el frente, con la mencionada plaza; por otro, con calle pública; por otro, con casa y solar de Saturnino Vargas y solar de Leopoldo Barón; por otro, con calle pública; por otro, con solar de Angel Grimaldo, Filemón Celis y Gala Ortegón, y por último, con casa y solar de Fructuoso Llanos, excluyendo la porción que ya tienen los demandantes en su poder, la que está determinada así: por el frente, con la plaza pública; por el Sur, con casa y solar de Saturnino Vargas; por el Oriente, con solar de Custodio Santos, en parte, y en parte, con solar de Fructuoso Llanos; y por el Norte, con casa de Fructuoso Llanos, en parte, y en otra parte, con calle pública; la porción que debe ser entregada es la parte de los solares que tienen encerrados por cercas Custodio Santos y Lucas Moreno."

3º Condénase al demandado doctor Víctor Lombana al pago de los perjuicios que a los demandantes se les hayan seguido por la no entrega de la parte de los solares, cuya entrega se ordena en el punto que precede. No está demostrada la excepción propuesta.

4º Absuélvese al demandado de los otros cargos que contiene la demanda.

5º No se hace condenación en costas en las instancias ni en este recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de marzo último.

En Bogotá, a 2 de abril de 1934, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Trujillo Arroyo, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de marzo último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	90
Entrados en el mes	28
Total	118

Estos negocios se hallan:

Devueltos a los Tribunales	31
En comisión	6
Archivados	2
Con proyecto	3
Al estudio	7
En actuación	69
Total	118
De este total se deducen 31 devueltos a los Tribunales y 2 archivados	33
Quedan pendientes	85

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 13 sentencias y 14 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo, los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 7; el doctor González Torres, 6, y el doctor Trujillo Arroyo 10.

Se ordenaron reclamar: la causa contra Emiliano Rey, Intendente del Chocó, al Juez Superior de Quibdó; la

causa contra Adán Uribe Restrepo, ex-Gobernador del Valle, al Presidente del Tribunal Superior de Cali; el sumario contra Agustín Padilla Patiño, Magistrado de Buga, al Presidente del Tribunal de la misma ciudad, y el sumario contra Ruperto Melo, ex-Gobernador de Cundinamarca, al Juez 4º del Circuito en lo Criminal de esta ciudad.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de abril de 1934.

En Bogotá, a 1º de mayo de 1934, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de abril último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	85
Entrados en el mes	30
Total	115

Estos negocios se hallan:

Devueltos a los Tribunales	27
En comisión	7
Archivados	1
Traslados a particulares	3
En poder del Procurador	6
Con proyecto	4
Al estudio	6
En actuación	61
Total	115
De este total se deducen 27 devueltos a los Tribunales y 1 archivado	28
Quedan pendientes	87

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 18 sentencias y 6 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 6; el doctor González Torres, 8; el doctor Trujillo Arroyo, 10.

Se ordenó reclamar los siguientes asuntos, que se hallan en comisión con demora: el sumario contra Ricardo Cadavid J., Comisario Especial del Putumayo, del Juez 1º del Circuito de Pasto; la causa contra Emiliano Rey, Intendente del Chocó, del Juez Superior de Quibdó; la causa contra Neftalí Eraso, ex-Comisario Especial del Putumayo, del Juez 2º del Circuito de Pasto, y el sumario contra Manuel Antonio Bravo, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, al Presidente de dicho Tribunal.

Se dispuso solicitar del Ministerio de Relaciones Exteriores una información acerca de las causas de la demora expresadas por el Cónsul General de Amsterdam, en el diligenciamiento de la comisión conferida por la Corte en el sumario contra Julio H. Palacio.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, **M. Galvis R.**

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de mayo de 1934.

En Bogotá, a 1º de junio de 1934, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de mayo último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	87
Entrados en el mes	42
Total	129

Estos negocios se hallan:

Devueltos a los Tribunales	29
En comisión	7
Archivados	4
Con proyecto	4
Al estudio	10
En actuación	75
Total	129
De este total se deducen 29 devueltos a los Tribunales y 4 archivados	33
Quedan pendientes	96

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 14 sentencias y 6 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo, los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 13; el doctor González Torres, 14, y el doctor Trujillo Arroyo, 12.

Se dispuso reclamar nuevamente la causa contra Emiliano Rey al Juez Superior de Quibdó; al Juez 2º del Circuito de Pasto, la causa contra Neftalí Eraso; al Juez del Circuito de Arauca, el sumario contra Antonio José Durán; al Juez 3º Superior de Bogotá, el diligenciamiento de unas copias en el sumario contra Manuel María Madero, bajo apremio de diez pesos ($ 10) de multa por la larga demora de evacuar el despacho respectivo.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, **M. Galvis R.**

ACUERDO NUMERO 10

En Bogotá, a diez y ocho de abril de mil novecientos treinta y cuatro, reunidos en Sala de Acuerdo los señores Magistrados doctores Ignacio González Torres, Re-

migio González Gooding y Juan C. Trujillo Arroyo, el primero de los nombrados presentó para su consideración el siguiente proyecto de acuerdo, el cual fue aprobado, y que a la letra dice:

"A la solicitud del señor Carlos M. Vásquez para obtener el cambio de radicación del sumario que por homicidio se adelanta en el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Neiva, solicitud que junto con la respectiva documentación fue enviada a la Corte por el Ministerio de Gobierno para los fines legales consiguientes, recayó el siguiente Acuerdo, suscrito por los Magistrados de la Sala de Negocios Generales, que conocía entonces de los cambios de radicación:

'Acuerdo número 66.

'En Bogotá, a veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y tres, reunidos en Sala de Acuerdo los señores Magistrados doctores Enrique A. Becerra, Julio Luzardo Fortoul y Carlos Arturo Díaz, quienes integran la de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, consideraron y aprobaron el siguiente Acuerdo, de que fue ponente el primero de los nombrados:

'El señor Ministro de Gobierno ha enviado la documentación levantada por el Teniente don Carlos M. Vásquez para solicitar el concepto favorable al cambio de radicación de un sumario que por homicidio se le sigue ante el Juzgado Superior de Neiva, concepto que debe emitir esta Superioridad, según mandato del artículo 39 del Código Judicial.

'Entre las varias pruebas tendientes a establecer la conveniencia del cambio de radicación, se destacan las declaraciones rendidas ante el Juzgado Municipal de Facatativá por los doctores Néstor García C. y Rafael Mutis García, en las cuales consta que por el conocimiento personal y directo que tienen del Teniente Vásquez M., por haberlo tratado como médicos, que 'éste está padeciendo actualmente paludismo, y por esta razón es indispensable que su permanencia sea en tierra fría,' y que si esto no se realiza 'la vida del peticionario peligra al permanecer en tierra caliente, o por lo menos su curación se haría imposible.'

'Y aunque las razones aducidas serían suficientes para conceptuar favorablemente, no es el caso de hacerlo, puesto que se trata simplemente de sumario, y aún no se ha determinado si el juzgamiento en este caso corresponde al Juez Superior o a la Justicia Militar.

'Cópiese y devuélvase al Ministerio de procedencia para los efectos legales.'

"Como se ve por la transcripción anterior, la Corte no negó en definitiva su concepto favorable a la solicitud del cambio de radicación hecha por don Carlos Vásquez, sino que expresó que no era el caso de dar tal concepto en ese entonces, tanto por tratarse de simple sumario como por no haberse determinado en firme a quién habría de corresponder el juzgamiento del hecho imputado. Como esta circunstancia, o sea la relativa al juzgamiento, ya se halla claramente definida, según las copias que últimamente se han acompañado, y de las cuales resulta que es el Juzgado Superior el que debe avocar el conocimiento del asunto, y como de otro lado, según parece desprenderse del contexto de tales copias, ya el negocio se halla en estado de decidirse en el fondo, no hay duda que en la presente ocasión puede la Corte dar el concepto favorable que se le pide, subsistiendo, como subsisten, los motivos en que apoyó su solicitud el señor Vásquez, entre los cuales se relieva el del perjuicio que sufriría la minada salud del peticionario, si hubiese de permanecer en clima cálido.

"En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, conceptúa favorablemente al cambio de radicación solicitado por el señor Carlos M. Vásquez.

"Comuníquese al señor Ministro de Gobierno, cópiese en el libro respectivo y publíquese en la **Gaceta Judicial.**"

En constancia se firma este Acuerdo por los Magistrados que integran la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, y por el suscrito Secretario.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Remigio González G. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

ACUERDO NUMERO 12

En Bogotá a diez y siete de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, reunidos en Sala de Acuerdo los señores Magistrados doctores Ignacio González Torres, Remigio González Gooding y Juan C. Trujillo Arroyo, el primero de los nombrados presentó para su consideración el siguiente proyecto de acuerdo, el cual fue aprobado, y que a la letra dice:

"El acusador particular en el sumario que se adelanta por homicidio contra Juan de Dios Castelblanco y otros ante el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil, solicita, por medio de apoderado, el cambio de radicación del asunto.

"De las diligencias enviadas por el Ministerio de Gobierno para efectos del concepto que sobre el particular debe emitir esta Sala de la Corte, sólo aparecen dos declaraciones, las de Arturo Toledo y Aníbal Uribe, en las cuales se expresa que los señores Francisco Pinzón, Gregorio y Angel de Jesús o Jesús Angel Rugeles, son personas de influencia por su dinero y posición social en la región a que corresponde el Distrito donde se adelanta el sumario; que dichos señores estuvieron detenidos en las cárceles del Circuito como sindicados del delito de homicidio en la persona del joven Gustavo Villarreal; que habiéndoseles negado la excarcelación que solicitaron al señor Juez 2º Superior, doctor Guillermo Acosta, el Tribunal revocó tal providencia, y les concedió, en su lugar, el beneficio pedido; que después del incidente el doctor Acosta fue removido del Juzgado; que el joven muerto pertenecía a un partido político distinto del de los sindicados, y que los acaecimientos de sangre desarrollados en algunas partes del Departamento de Santander, han recrudecido los inconvenientes del medio forense y judicial al juzgamiento de los delitos más graves. Esto último sólo lo dice el primero de los mencionados declarantes.

"El artículo 39 del Código de Organización Judicial dice en su primer inciso, que la medida del cambio de radicación se tomará cuando se estime conveniente para la recta administración de justicia. Pero es obvio que esta conveniencia o inconveniencia sólo puede resultar de las pruebas que acompañen la petición correspondiente. De suerte que cuando estas pruebas, como en el caso presente, no expresan concretamente y de manera

absolutamente clara y nítida, cuál es la inconveniencia que surge para la recta administración de justicia, de que el hecho investigado se juzgue en el Distrito Judicial donde se adelanta el sumario, no es posible dar concepto favorable sobre la petición formulada.

"Las declaraciones traídas como prueba son vagas, imprecisas, se refieren a hechos abstractos, que no demuestran la conveniencia del cambio de radicación para que la administración de justicia no vaya a sufrir mengua. Porque de que los sujetos o algunos de los sujetos acusados por el homicidio, gocen de influencias y posición social por su dinero, que hayan sido excarcelados, que el Juez que les negó el beneficio hubiera sido después removido, etc., no se deduce precisamente que ello se deba a labor de influencia o de dinero. Para cargos tan graves es menester demostrar que así sucedió. De lo contrario, por el indeterminado y ligero dicho de dos testigos, se prejuzgaría acerca de la imparcialidad y rectitud de funcionarios judiciales, cuyo buen nombre no puede quedar a merced de apreciaciones más o menos ligeras, que en todo caso no se deducen firmemente de hechos aseverados en abstracto, y que por sí mismo no dicen ni demuestran nada en contra de la recta administración de justicia en el presente asunto.'

"Por lo demás, ya ha dicho la Corte en casos como éste, 'que los cambios de radicación no se justifican sino cuando verdaderamente resaltan con toda claridad los motivos que imponen tal medida, de acuerdo con lo expresado al respecto por la ley. Si por un simple capricho o por cualesquiera temores de los sindicados o procesados, se va optando por realizar tales cambios, indudablemente la recta administración de justicia y los fueros de imparcialidad y pulcritud ética, de que debe suponerse revestidos a todos los juzgadores, se afectan grandemente.'

"Por lo expuesto, esta Sala de la Corte estima que no es el caso de conceptuar favorablemente acerca de la solicitud sobre el cambio de radicación de que se trata.

"Comuníquese al señor Ministro de Gobierno, cópiese en el libro correspondiente y publíquese en la **Gaceta Judicial.**"

En constancia se firma este Acuerdo por los Magistrados que integran la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, y por el suscrito Secretario.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Remigio González G. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Remigio González Gooding).

Al Jurado reunido en el Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de Pasto el día trece de julio del año próximo pasado, para decidir en la causa seguida contra Juan de Dios Vélez por el delito de homicidio, le fueron sometidas estas cuestiones:

Primera. "¿El acusado Juan de Dios Vélez es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente a Manuel Molineros, por medio de un disparo de revólver, penetrando el proyectil por el costado izquierdo, hecho acaecido en el punto **San Pedro,** juirisdicción del Municipio de Barbacoas, entre las diez a. m. y dos p. m. del día catorce de mayo de mil novecientos treinta y dos?"

Segunda. "¿El procesado Juan de Dios Vélez cometió el hecho mencionado en la serie anterior, con las circunstancias siguientes, alguna o algunas de ellas: con premeditación, alevosía, a traición o sobreseguro, sorprendiendo indefensa o desapercibida a la vicitima?"

El Jurado contestó a la primera, simplemente con la palabra "**Sí,**" y a la segunda con la palabra "**Nó.**"

Fundado en tales veredictos, el señor Juez del conocimiento, dando aplicación a los artículos 587, circunstancia 6ª, y 600 del Código Penal, y calificando la responsabilidad del reo en el segundo grado, con la disminución de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo, condenó al acusado a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, lo que hizo en fallo de fecha veintiuno de julio de mil novecientos treinta y tres, confirmado luégo por el del Tribunal respectivo y de fecha veinticinco de agosto del mismo año.

Contra el fallo del Tribunal interpuso oportunamente recurso de casación el defensor del condenado, y como éste designó un apoderado especial ante la Corte, el cual ya llenó su cometido en la forma debida, ha llegado el caso de estudiar y fallar en el fondo el presente negocio.

El apoderado del recurrente invocó como causales la primera y la cuarta del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sean: ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma, y no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Como fundamento de la primera causal, dice que hay aplicación errónea del artículo 600 del Código Penal, y que debe aplicarse el artículo 604 de la misma obra; pues entre Manuel Molineros y Juan de Dios Vélez se cruzaron palabras injuriosas, tales como las de "bruto" e "hijo de puta," que le dirigió Vélez a Molineros, y las de "más hijo de puta sos vos," con que éste le contestó al primero. Que fue entonces cuando Vélez, sacando su revólver, disparó contra Molineros y le produjo así la herida que fue causa de su muerte; y que siendo más agresiva la expresión de Molineros, y Vélez de una condición social mucho más elevada, distinto su temperamento, por no estar acostumbrado a esta clase de ofensas, dadas sus costumbres, la diferencia de lugares en donde vivían, etc., era natural que Vélez, siendo, como es, miembro de una familia honorable, al venir a su memoria la autora de sus días, lejos de ella, se sintiera herido en lo más profundo de su sér, perdiera su control, y en una reacción que se justifica por aquella ofensa ruda y de marcada agresividad, ejecutara el acto delictuoso que, por lo mismo, considera el señor apoderado, debe quedar colocado no en el artículo 600, sino en el 604 del Código Penal, que castiga al que, provocado por una ofensa, injuria o deshonra grave, etc., mate en el acto mismo al provocador.

Para resolver sobre esta causal, la Corte considera, en primer lugar, que los razonamientos del apoderado del recurrente son infundados, desde luégo que no hay razón para creer que las expresiones dirigidas por Vélez a Molineros produjeran en éste menos impresión que las que a su turno dirigió éste a aquél, pues el hecho de ser

de condición social diferente, de tener distinta educación y de vivir en otro ambiente, no implica que el uno tenga menos cariño o veneración por su madre, y, además, debe no perderse de vista que las expresiones ofensivas de Molineros fueron una consecuencia natural hasta cierto punto de las primeramente dirigidas por Vélez, pues es seguro que si éste no irrumpe en la forma como lo hizo, con frases tan deprimentes y bajas, Molineros no hubiera reaccionado, haciendo uso de un lenguaje semejante. Un homicidio, así originado, disminuye su gravedad por el hecho de haberse ejecutado en el acto de la provocación; y en el caso que se estudia, mucho mayor razón hay para que una ofensa de palabra inferida en el acto de recibir otra igual, pierda su carácter agresivo y sus efectos favorables al delincuente que, provocado por ella, mate al mismo a quien él provocó primero

Es por esto por lo que con tánto acierto dice al respecto el señor Procurador:

"La misma forma de la respuesta de Molineros indica, sin dejar la más leve duda, que éste no hizo otra cosa que responder a la agresión inmotivada e injusta que le hizo el homicida. Tan cierto es eso, que si los papeles se invierten, y Molineros, en lugar de responder de esa manera, saca un revólver y mata allí mismo a Vélez, era él el que quedaba amparado por la disposición del artículo 604."

Pero hay otra razón de orden estrictamente legal, que hace inaceptable la causal de casación alegada. En efecto: en la transcripción del veredicto que se hizo al principio de esta providencia, se ve claramente, puesto que el Jurado contestó sólo con la palabra sí a la primera cuestión, y negó la segunda, que la responsabilidad del acusado quedó colocada en la categoría de homicidio simplemente voluntario, sin modificación alguna.

El artículo 604, cuya aplicación pide el apoderado del recurrente, dice:

"El que siendo provocado por alguna ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o la de alguna de las expresadas en el artículo 587, mate en el acto mismo al provocador, sufrirá una reclusión de seis meses a un año."

El artículo 236 de la Ley 57 de 1887, dice:

"La calificación de los hechos criminosos que constituyen los delitos mencionados en el artículo 102 de la Ley 61 de 1886 (que son aquellos de que conocen los Jueces Superiores con intervención del Jurado), corresponde al Jurado, y la aplicación de la ley al Juez Superior del Distrito."

De donde resulta, sin lugar a duda, que si un Jurado califica la responsabilidad de un homicida en la categoría de los simplemente voluntarios, el Juez de derecho no puede, en manera alguna, separarse de esa contestación, buscando en el proceso fundamentos distintos para modificar la responsabilidad del acusado, a no ser que se trate de los casos contemplados en el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal, porque entonces quedaría en desacuerdo con el veredicto y asumiría facultades que expresamente están atribuídas a los Jueces de hecho.

Como en el caso presente, al contestar de una manera simplemente afirmativa el primer cuestionario, el Jurado declaró un homicidio simplemente voluntario, sin ninguna modificación, está completamente vedado al Juez de derecho separarse de ese veredicto, y lo dicho es suficiente para llegar a la conclusión de que es inaceptable la primera causal alegada por el recurrente.

La otra causal que invoca, o sea la de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, la funda el recurrente en que, siendo así que el Juez está obligado, de conformidad con el artículo 310 de la Ley 57 de 1887, a devolver el expediente al Jurado cuando éste no resuelva todas las cuestiones que deba resolver, y también cuando el Juez no le haya sometido todas aquellas que deba someterle. Y siendo así que aparece de autos que Vélez fue ofendido por las expresiones graves e injuriosas lanzadas por Molineros, ha debido ser incluída en la cuestión propuesta al Jurado tal circunstancia, lo que no se hizo, fundándose así la sentencia en una respuesta que habría sido distinta, pues el Jurado habría hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 48 de la Ley 169 de 1896; por lo que concluye diciendo que la sentencia no se conforma con el auto de proceder. Funda, además, esta causal, diciendo que como la segunda cuestión fue absuelta negativamente por el Jurado, y el Juez del conocimiento al referirse al veredicto, admite que el disparo lo hizo Vélez movido por el arrebato súbito e impensado de la cólera, y tiene en cuenta como circunstancia agravante la sangre fría con que procedió al momento de cometer el delito, dicha sentencia está en contradicción con el veredicto, puesto que, arrebato súbito e impensado de la cólera, y sangre fría, son términos contradictorios, y así, el fallo está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, por no mediar circunstancias agravantes y sí varias atenuantes. De lo cual infiere que, de acuerdo con la contestación del Jurado, la calificación ha debido hacerse en tercer grado.

La Corte considera:

El artículo 310 de la Ley 57 de 1887, invocado por el recurrente, no puede tener aplicación en el presente caso, ya que el Jurado sí resolvió todas las cuestiones que le fueron sometidas, y ellas se conforman en un todo con el auto de proceder. No era el caso de que por el Juez se sometiera al Jurado cuestionario alguno referente a las injurias u ofensas que recíprocamente se causaron Vélez y Molineros, porque aunque de ellas se hable en la parte motiva del auto de proceder, comoquiera que de la forma como los hechos se sucedieron, o sea que Vélez fue el primero que injurió a Molineros, y que éste, desde luégo, fue provocado por aquél, tal caso no está previsto en ninguna disposición especial en que se modificara la responsabilidad del homicida o se disminuyera la pena que le fuera aplicable. Por consiguiente, el Juez sólo estaba obligado a someter al Jurado los cuestionarios referentes al homicidio por el cual se enjuició, y en la forma ordenada por la ley, como lo hizo.

En lo que sí tiene razón el recurrente, es en cuanto pide que se modifique la calificación de la delincuencia, la que debe hacerse en segundo grado, mas no con fundamento en la causal cuarta, sino en la segunda, que también insinúa el recurrente, por considerar que existen las circunstancias agravantes de la sangre fría y la indefensión de la víctima, a más de la crueldad con que, después de estar herido Molineros, le intimó diciendo: "Si estás vivo, para hacerte otro tiro"; pero como la indefensión fue negada por el Jurado, la sangre fría no puede concurrir a la vez con el arrebato súbito e impensado de la pasión de la cólera; y en cuanto a la expresión transcrita, que le dirigió estando ya caído, de que si estaba vivo le dispararía de nuevo, en realidad ella

no constituye osadía ni crueldad, siendo más bien una consecuencia muy natural del estado de ánimo en que se hallaba a causa de las ofensas mutuamente inferidas; expresión que, por otra parte, fue posterior a la ejecución del hecho, habiendo sido tan sólo una amenaza que no se cumplió.

Siendo como es verdad que, según lo dice la sentencia, el reo ha acreditado su buena conducta; que es la primera vez que se le enjuicia, y aparecen también la exaltación del momento y el acometimiento pronto e impensado de una pasión, es indudable que concurren varias circunstancias atenuantes y ninguna agravante, y, por lo mismo, para que la sentencia se conformara así con el auto de proceder como con el veredicto, por este aspecto, ha debido hacerse la calificación en el tercer grado, y la pena aplicable es la de seis años de presidio, de conformidad con el artículo 600 del Código Penal, sin que haya lugar al aumento de que trata el artículo 124 en su inciso 3º, por no haber motivo justificativo para ello.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en el fondo con el parecer del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido, y en su lugar declara:

Con base en la causal primera de que trata el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, y únicamente en cuanto se hace la calificación de la delincuencia en segundo grado, dispone que la pena principal que debe sufrir el reo Juan de Dios Vélez, calificada su delincuencia en el tercer grado, es la de seis años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que el Gobierno designe, sin perjuicio de las accesorias impuestas en la sentencia recurrida.

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

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Remigio González Gooding).

Dice el artículo 57 del Acto legislativo número 3 de 1910:

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

El artículo 127 de la Ley 4ª de 1913, sobre Régimen Político y Municipal, dice:

"Son atribuciones de los Gobernadores, las siguientes:

"1º Cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento la Constitución, las leyes, las **ordenanzas**, los acuerdos municipales y las órdenes del Gobierno.. .. .. .."

La Asamblea Departamental del Valle del Cauca, en Ordenanza número 10, de 23 de marzo de 1932, sancionada por la Gobernación sin observación alguna el mismo día, y publicada el veintinueve de ese mismo mes en la **Gaceta Departamental** número 1695, dijo en su artículo 14:

"Créase una Junta que se denominará 'Junta Directiva de la Lotería de Beneficencia del Valle del Cauca,' la cual ejercerá las funciones que se detallan en esta Ordenanza. Tal Junta será integrada por tres (3) miembros principales con sus respectivos suplentes, que durarán por el término de un año, y **que serán elegidos por la Asamblea.**"

En cumplimiento de esa Ordenanza, y como aparece de la copia autorizada que figura a folio 31 de estas diligencias, en su sesión del día veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y tres, la Asamblea eligió miembros principales de la Junta Directiva de la Lotería de Beneficencia del Valle a los señores Marcelino Valencia, Mateo Gamboa y Apolinar Ramírez, y como suplentes a Miguel Angel González, Elciario Cuevas Delgado y Francisco Llanos M., para el segundo período, quienes tomaron posesión el veintiocho de abril del año próximo pasado.

No obstante heber hecho la Asamblea del Valle esos nombramientos, el señor Gobernador, doctor Adan Uribe Restrepo, en el Decreto número 103, de fecha julio 15 de 1933 (folio 1º), dijo:

"DECRETO NUMERO 103 DE 1933

(de julio 15)

por el cual se suprime una Junta, se crea otra y se hacen unos nombramientos.

"**El Gobernador del Departamento del Valle del Cauca,**

en uso de sus facultades legales, y

"**considerando**

"Que la Junta de Hacienda y Obras Públicas conceptuó unánimemente, en su sesión de ayer, sobre la conveniencia de suprimir la Junta Directiva de la Lotería Departamental de Beneficencia del Valle, y crear, en cambio, una Junta de Beneficencia, asesora de la misma Lotería, con funciones y atribuciones análogas; y

"Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, y en la parte final del artículo 25 de la Ordenanza 16 del presente año proceden la supresión y creación indicadas,

"**decreta:**

"Artículo 1º Suprímese desde esta fecha la Junta Directiva de la Lotería de Beneficencia del Valle del Cauca, creada por el artículo 14 de la Ordenanza 10 de 1932, y créase, en cambio, la Junta de Beneficencia del Valle del Cauca, que será asesora de la Gerencia de la misma Lotería, que tendrá a su cargo todo lo relacionado con la organización y administración de la Lotería, las Casas de Beneficencia a que ésta atienda, la construcción de edificios, etc., y que ejercerá todas las funciones y atribuciones que, por Ordenanza 10 de 1932, le fueron asignadas a la Junta Directiva que se suprime, y por las demás disposiciones que adicionan o reforman la citada Ordenanza.

"Artículo 2º Nómbrase en propiedad miembros de la Junta de Beneficencia del Valle del Cauca, que se crea por el presente Decreto, a los señores Alfonso Martínez Velasco, Pascual Guerrero y Carlos Rebolledo. Los miembros de esta Junta gozarán de las mismas asignaciones que tenían los de la Junta Directiva que se suprime."

La expedición de tal Decreto dio lugar a que uno de los miembros de la Junta nombrados por la Asamblea,

el doctor Marcelino Valencia, en memorial dirigido a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación en lo Criminal), y presentado ante el Tribunal Superior de Cali el primero de agosto de mil novecientos treinta y tres, diera denuncio contra dicho doctor Adan Uribe Restrepo, por el delito cometido por éste en su carácter de Gobernador, con el Decreto número 103, que hace consistir en la violación maliciosa de la Ordenanza número 10 de 1932, de la Asamblea del Departamento, y considera aplicables los artículos 516 del Código Penal y el 565 del mismo.

Comoquiera que las diligencias sumarias ya están debidamente perfeccionadas, y el señor Procurador emitió concepto de fondo, es llegado el caso de que la Corte estudie y resuelva si debe o nó declararse con lugar a seguimiento de causa criminal, siendo de advertir que el denunciante acompañó a su denuncio la prueba sumaria que exige la ley.

Como se ha visto, la Ordenanza número 10 de 1932, en su artículo 14, creó la Junta Directiva de la Lotería de la Beneficencia del Valle del Cauca, dispuso que fuera integrada por tres miembros principales y sus suplentes, que durarían por el término de un año, y fueran elegidos por la Asamblea. El Decreto número 103, en su artículo 1º, dice:

"Suprímese, desde esta fecha, la Junta Directiva de la Lotería de Beneficencia del Valle del Cauca, creada por el artículo 14 de la Ordenanza número 10 de 1932."

En su lugar creó otra Junta, y nombró los individuos que debían entrar a formarla.

El primero de los artículos del Código Penal que el denunciante considera violados, o sea el 516, dice:

"El funcionario o empleado público que resistiere o impidiere la ejecución de una ley, reglamento u orden superior, que legalmente se le comunique, sufrirá doble las penas señaladas en el artículo anterior, y perderá el destino."

Basta la lectura de este artículo para comprender que él en ningún caso puede ser aplicable a los actos ejecutados por el Gobernador, por medio del aludido Decreto, ya que, según éste, el Gobernador no resistió ni impidió la ejecución de ninguna ley, reglamento ni orden superior que se le comunicara, pues cosa distinta de esto hubo en el hecho de dictar su decreto, y ya que el ejecutar esta clase de actos sí está dentro de las atribuciones del Gobernador.

Pero cosa muy distinta sucede en lo que hace al artículo 565 del Código Penal, que dice:

"El funcionario o empleado público que, a sabiendas, se exceda de las atribuciones de su empleo, cargo u oficio, o ejerza otras que no le corespondan, será suspenso de todo cargo o empleo por dos meses a tres años, pagará una multa de ocho a cincuenta pesos, y será apercibido; pero si el exceso cometido tuviere señalada otra pena, será ésta la que se aplica."

Débese, pues, examinar si al expedir el Decreto número 103, de 15 de julio de 1933, el señor Gobernador se excedió de las atribuciones de su empleo o ejerció otras que no le correspondían, ya que el elemento **a sabiendas**, de que habla el artículo, debe presumirse en este caso, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 2025 del Código Judicial.

Ya se vio lo que dice el artículo 57 del Acto legislativo número 3 de 1910, del cual se desprende que la Ordenanza número 10, del 23 de marzo de 1932, es obligatoria, ya que hasta el presente no aparece, ni nadie ha dicho que haya sido anulada por autoridad competente en la forma que prescriba la ley, y era obligatoria especialmente para el señor Gobernador, en virtud de lo dispuesto por el ordinal 1º del artículo 127 de la Ley 4ª de 1913.

Siendo entendido que entre las atribuciones de los Gobernadores no está la de anular ni derogar ordenanzas de las Asambleas, ni la de suprimir juntas creadas en una ordenanza, es indudable que el señor Gobernador, por cuanto en su Decreto número 103 suprimió una Junta creada por la Asamblea en una ordenanza vigente, se excedió de las atribuciones de su cargo o ejerció atribuciones que no le correspondían.

Pero el indicado Decreto número 103 se apoya en el artículo 20 y en la parte final del artículo 25 de la Ordenanza número 16 de 1933, y estas disposiciones, y las del ordinal 2º del artículo 127 y el artículo 332 de la Ley 4ª de 1913, como también el Decreto número 604, de 22 de marzo de 1933, se han citado con el fin de justificar el Decreto del señor Gobernador, que ha dado lugar a las diligencias que se estudian.

El artículo 20 de la Ordenanza 16 de 1933, crea los empleados que son necesarios a la buena marcha de la administración pública, y que de su fecha en adelante determina que debe funcionar la Junta de Hacienda y Obras Públicas creada por la misma Asamblea en la Ordenanza citada, pero no facultó ni a la misma Junta ni al Gobernador para suprimir juntas creadas por ordenanzas anteriores vigentes.

La última parte del artículo 25 facultó al Gobernador para que, previo el concepto unánime de la Junta de Hacienda y Obras Públicas, suprimiera o creara nuevos empleos; pero ello debe entenderse, naturalmente, en tratándose de supresión o creación de empleos no establecidos por leyes ni ordenanzas, que por estar vigentes, eran obligatorias para el Gobernador, como aquella que estableció la Junta de la Lotería de Beneficencia del Valle del Cauca, y es de notarse que lo que constituye la falta del señor Gobernador, no es el haber hecho nombramientos de empleados, sino el haber suprimido una Junta creada por Ordenanza vigente.

En lo que hace al numeral 2º del artículo 127 de la Ley 4ª de 1913, en ningún caso debe entenderse en contradicción con el 1º, y si éste impone expresamente al Gobernador la obligación de cumplir y hacer que se cumplan las ordenanzas, es claro que las facultades que se le confieren en el 2º, solamente puede ejercerlas cuando no son contrarias ni violatorias de ordenanzas vigentes.

Conforme al artículo 331 de la misma Ley está la Ordenanza que creó la Junta de la Lotería de Beneficencia del Valle y de que el Gobernador también puede crear juntas para auxiliar sus trabajos y dotarlas de los empleados que necesiten; no se deduce, en manera alguna, que pueda suprimir las creadas por la Asamblea en ejercicio de sus atribuciones legales.

Tampoco queda justificada la supresión de la Junta de la Lotería de Beneficencia del Valle del Cauca, verificada por medio del Decreto del Gobernador, de que tratan estas diligencias, teniendo en cuenta el Decreto número 604, de 22 de marzo de 1933, dictado por el Presidente de la República, pues de todo el contexto de tal Decreto se desprende: que lo que pretendió el Poder Ejecutivo fue, precisamente, evitar que las Asambleas intervinieran de una manera indebida en el nombra-

miento que los Gobernadores tienen derecho de hacer de todos sus agentes, como se deduce muy claramente del 3º de los considerandos de ese Decreto, y de los artículos 1º y 2º; pero en ningún caso dice el mismo que los Gobernadores pueden desconocer, anular ni derogar ordenanzas, que es a lo que equivale el suprimir una Junta creada por una ordenanza vigente.

El Decreto, como la Ordenanza que creó la Junta, están en un todo conformes con el artículo 31 de la Ley 4ª de 1913, y, se repite, el hecho de que el Gobernador pueda nombrar juntas o comisiones patrióticas en ramos especiales, así como empleados subalternos y demás agentes suyos, no se opone a que las Asambleas hagan también creación de juntas, ni autoriza a los Gobernadores para suprimir las creadas por las Asambleas en ordenanzas anteriores vigentes.

Seguramente no es fundado, al menos hasta ahora no aparece acreditado en autos, el cargo que se ha hecho al señor Gobernador doctor Adán Uribe Restrepo, de haber procedido "movido por odios municipiales y por minúsculas antipatías de orden personal," cargo o afirmación que la Corte no acoge en manera alguna; mas aquí no se trata de eso, ni aun siquiera se debe estudiar ni tener en cuenta el que el señor Gobernador hubiera hecho o nó tales o cuales nombramientos. En este caso lo que se estudia es si el señor Gobernador tenía o nó atribuciones legales para suprimir una Junta creada por la Asamblea en ordenanza vigente, y ya se ha visto que no se puede menos de llegar a la conclusión de que carece de esa facultad, y de que al hacerlo, se excedió de las atribuciones de su cargo o ejerció atribuciones que no le correspondían, y violó, por consiguiente, y en la forma contemplada, el artículo 565 del Código Penal.

Por lo tanto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que hay lugar a seguimiento de causa de responsabilidad, por los trámites extraordinarios, contra el doctor Adán Uribe Restrepo, en su carácter de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, por el delito de **abuso de autoridad**, que define y sanciona el Libro II, capítulo 9º, del Código Penal. El acusado debe rendir el informe prescrito por el artículo 1895 del Código Judicial, dentro del término legal; y como de autos aparece que reside en Cali, líbrese despacho, con remisión de lo actuado, para los fines legales consiguientes, al señor Juez del Circuito de esa ciudad.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y cúmplase

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Remigio González Gooding).

Al Jurado reunido en el Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de San Gil, en los días veintiséis y veintisiete de julio del año próximo pasado, para resolver sobre la responsabilidad de Luis Enrique Blanco, procesado por los delitos de homicidio y heridas, le fueron sometidas, con respecto a dicho acusado, las siguientes cuestiones:

"Primera. ¿El acusado Luis Enrique Blanco es responsable de haber dado muerte voluntariamente y con intención de matar a Mercedes Díaz, por medio de una herida con instrumento punzante y cortante, sobre la región pectoral del lado izquierdo, al nivel del cuarto espacio intercostal, que le interesó la piel, el tejido celular subcutáneo, las inserciones de los músculos pectores, el apéndice xifoide del esternón, la pleura, el pericardio, los ventrículos del corazón, el diafragma y el hígado, produciéndole una abundante hemorragia que le ocasionó la muerte casi instantáneamente; hecho ocurrido el día doce de febrero de mil novecientos treinta y dos, en el punto del **Segundo Vado**, cuadrilla del **Arenal**, de la jurisdicción municipal de Mogotes?"

"Segunda. ¿El acusado Luis Enrique Blanco es responsable del hecho de haber causado voluntariamente a José Díaz una herida con instrumento cortante, en forma de desgarradura, de dos centímetros de diámetro, en la cara anterior del tercio inferior del antebrazo derecho, que le produjo una incapacidad de ocho días, sin otras consecuencias; hecho ocurrido en el lugar y día a que se refiere la cuestión anterior?"; y

"Tercera. ¿El acusado Luis Enrique Blanco es responsable del hecho de haber causado voluntariamente a Juan de la Cruz Mora dos heridas con instrumento cortante y punzante, descritas en la diligencia de reconocimiento, que obra al folio dos (2), que le produjeron una incapacidad de diez (10) días, sin otras consecuencias; hecho ocurrido en el lugar y día a que se refiere la cuestión primera?"

El Jurado contestó a todas tres, simplemente, con la palabra "sí," y apoyado en tales veredictos, el señor Juez de primera instancia, en su sentencia de fecha cuatro de agosto del mismo año, calificando la delincuencia del acusado en segundo grado, y dando aplicación a los artículos 600, 648 y 649 del Código Penal, lo condenó a la pena principal de diez años, siete meses y veinticinco días de presidio, fuera de las accesorias del caso.

Apelada esta sentencia, fue modificada por el Tribunal Superior respectivo, en el sentido de rebajar a nueve años, cuatro meses y doce días de presidio la pena principal impuesta, lo que hizo dicha entidad con aplicación de las mismas disposiciones penales, pero considerando que la calificación de la responsabilidad del reo por el delito de homicidio debía hacerse en segundo grado, por concurrir las circunstancias agravantes del sexo femenino de la ofendida y la mala conducta anterior del condenado, por haber sido ya juzgado por un delito de heridas inferidas a su esposa, lo que no dio lugar a que se le considerara reincidente, debido a no aparecer completa la prueba sobre la identidad, y concurrir a la vez varias atenuantes; además, el Tribunal juzgó que la calificación por los delitos de heridas debía hacerse en tercer grado, en virtud de la concurrencia sólo de estas últimas circunstancias.

Notificada al reo esta última sentencia el trece de octubre del año antes nombrado, en su oportunidad interpuso recurso de casación, por medio de memorial presentado el diez y ocho del mismo mes. Alegó en él, en primer lugar, la violación del ordinal 10 del artículo 117 del Código Penal, lo que origina dicho recurso al tenor de lo estatuido en el artículo 3º de la Ley 78 de 1923, puesto que el delito de homicidio consumado en la persona de Mercedes Díaz, fue calificado en segundo grado, en aten-

ción al sexo femenino de la víctima, siendo así que, en su sentir, esta agravante sólo tiene cabida cuando el agresor se ha valido de la debilidad de aquélla para ejecutar su delito, cosa que no sucedió en este caso; pues, dice, la mujer resultó herida en el encuentro habido entre dos bandos contendores, y en que no hubo intento de aprovechar la circunstancia de su debilidad.

En segundo lugar, alega el recurrente, que el Tribunal violó, además, el artículo 648 del Código Penal, lo mismo que el 649 del mismo Código, pues dichas disposiciones hacen referencia a heridas voluntarias y premeditadas, y en el cuestionario formulado al Jurado no se hace referencia a esa circunstancia. Afirma, pues, el reo que se ha interpretado erróneamente la ley penal; desde luégo que siendo responsable de heridas voluntarias, se le aplica una disposición que se refiere a heridas premeditadas; y sostiene que por este aspecto la sentencia es casable, en virtud de la causal primera del artículo 3º de la citada Ley; que lo es también en virtud de la tercera causal, ya que la sentencia no está en armonía con el auto de proceder, pieza en que se le llamó a juicio por heridas voluntarias, y en aquélla se le condena por heridas premeditadas.

Fuera de esto, el recurrente nada más trae como fundamento de las causales que alega, pues ni siquiera contestó el traslado que se le corrió en la Corte durante la tramitación del recurso.

Por su parte, el señor Procurador pide que se declaren infundadas las causales de casación alegadas, manifestando que, en su concepto, y en lo que hace a la calificación de la delincuencia en el grado medio, aparecen suficientemente acreditadas las circunstancias agravantes del sexo femenino de la ofendida y la mala conducta anterior del reo en delitos de sangre; y en cuanto a la alegación del recurrente sobre que se tuvo en cuenta la premeditación, siendo así que ni en el auto de proceder, ni en los cuestionarios referentes a heridas, se habló ni se incluyó tal circunstancia, reproduce el concepto que él mismo emitió con fecha cuatro de octubre de mil novecientos treinta y dos, en el recurso de casación interpuesto por Angel María Ríos, en la causa por heridas que se le siguió ante el Tribunal Superior de Manizales.

Tramitado debidamente el recurso, es el caso de resolver, y para hacerlo así, la Sala considera:

Al alegar sobre la calificación de la delincuencia, el recurrente sólo se limita a decir que no existe la circunstancia agravante del sexo femenino de la ofendida, porque en ninguna parte aparece que él se valiera de la debilidad de ésta para consumar su delito; pero no indicó en manera alguna cuál es la causal de casación que alega, y, como por otra parte, es indudable que existen las agravantes tenidas en cuenta, o sea la del sexo femenino de la ofendida, sin que en realidad aparezcan las razones alegadas para pretender que tal agravante no existe, ya que la ley solamente considera para el caso, que la víctima sea del sexo femenino; y como de autos resulta que cuando el reo dio muerte a Mercedes Díaz, el encuentro de que se hace mención no había tenido lugar aún; pues, si bien, algún tiempo antes sí tuvieron una desavenencia o discusión dos bandos, de uno de los cuales formaba parte el procesado, allí no figuraba Mercedes Díaz; y el encuentro posterior, del cual resultaron tanto la muerte de ésta como los heridos, principió precisamente con el ataque que a tal mujer le hizo el agresor, sin que antes de eso hubiera habido pendencia que originara el ataque referido.

Son suficientes también, como lo conceptúa el señor Procurador, para justificar la otra circunstancia agravante, los comprobantes que acreditan que el recurrente fue condenado por el delito de heridas inferidas a su misma esposa.

Y en cuanto a las causales primera y tercera que aquél alega, fundado en que se le condena por heridas premeditadas, siendo así que ni en el auto de proceder, ni en los cuestionarios referentes a dicho delito de heridas se menciona la premeditación, comoquiera que la Sala está en un todo de acuerdo con el concepto fiscal, en el que el Procurador demuestra que la premeditación no es elemento constitutivo del delito de heridas, y por lo mismo, no es necesario incluírlo en el auto de proceder ni en el cuestionario que se someta al Jurado, para que se puedan aplicar las penas que señalan los artículos del Código Penal que mencionan tal circunstancia, es del caso transcribir aquel concepto como fundamento de esta providencia:

"En cuanto al segundo agravio; a esta Procuraduría le basta reproducir en la parte conducente, el concepto que emitió en la causa por heridas, en el recurso de casación que por el delito de heridas, se siguió contra Angel María Ríos ante el Tribunal Superior de Manizales.

"Ese concepto lleva fecha de cuatro de octubre de mil novecientos treinta y dos, y de él son estos pasos:

'No haberse comprobado premeditación en el hecho materia del juzgamiento.

'Cree el recurrente que el delito de heridas que sanciona el artículo 645, así como aquellos a que se refieren los artículos 646 y 650, son específicos, y requieren la concurrencia del elemento premeditación para la existencia de la entidad punible, así como lo requiere el delito específico de homicidio premeditado. Parece que de la misma manera lo creyó la Corte, cuando en sentencia de diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiocho llegó a absolver al procesado, porque el Jurado negó la premeditación en el caso de unas heridas, argumentando que la circunstancia de la premeditación es elemento esencial del delito, y que al negarla el Jurado, el hecho punible quedó desintegrado, y no hay, por otra parte, disposición aplicable al caso de la responsabilidad que así se dedujo.

'Acogido como principio fundamental el concepto de que la premeditación es elemento esencial integrante del delito de heridas en los casos de los artículos 645 a 651 del Código Penal, es indiscutible que para la comprobación del cuerpo del delito es absolutamente indispensable que se establezca la concurrencia de ese elemento. Si no se comprueba, el delito no existe, y el caso ha de quedar sin sanción por esa causa.'

"Pero de aquí resulta evidentemente el absurdo de que habría de quedar impune el hecho en todo caso de heridas graves que produzcan enfermedad de por vida, o la pérdida de algún miembro, o una deformidad física, o una perpetua incapacidad para trabajar como antes, o incapacidad temporal dentro de la graduación establecida en los artículos 646 a 650; y el agravado por razón de circunstancias de asesinato, de que trata el artículo 651, cuando no se logre comprobar la premeditación, ni tam-

poco la concurrencia de circustancias especiales, de aquellas a que se refieren las demás disposiciones del capítulo de heridas, por la razón de no existir disposición que sancione el hecho cometido en aquellos casos con las características de simplemente voluntario y en un acto primo, por ejemplo. Y como no es posible suponer siquiera que el legislador haya incurrido en semejante absurdo, precisa estudiar la cuestión jurídica, que de esta manera se presenta interesante.

"Yo creo que aquel principio de que la premeditación es elemento esencial constitutivo del delito de heridas en los casos de los artículos 645 a 651, carece de fundamento jurídico y obedece a una confusión que es la que en definitiva ha conducido a aquel absurdo. Es que se ha querido aplicar al delito de heridas el mismo sistema que el Código empleó al tratar del homicidio, y en esto está radicado el error. Voy a explicarme:

"Efectivamente: en el capítulo del homicidio, el Código acogió el sistema de definición, y fue clasificado el delito por especies, según las circunstancias individualizadoras del hecho. Así estableció la especie del homicidio premeditado, la del homicidio asesinato, la del simplemente voluntario, la del parricidio y la del involuntario. Todas estas especies requieren en su individualización la concurrencia de determinadas circunstancias como elementos constitutivos del delito, para que el hecho concreto quede colocado en la especie a que corresponde. Por lo tanto, aquel homicidio que no haya sido cometido en la persona de un ascendiente, de un descendiente o del cónyuge, no podrá colocarse en la especie del parricidio. Si en él han concurrido premeditación y circunstancias de asesinato, habrá de quedar en la especie del homicidio asesinato. Pero si sólo ha concurrido la premeditación, el homicidio irá a la especie del premeditado, y si tampoco ha concurrido premeditación, vendrá a la especie del simplemente voluntario. Si hubiere faltado la voluntariedad, quedará reducido indefectiblemente a la especie del involuntario.

"No acontece lo mismo en el capítulo de las heridas. Allí se apartó el Código de aquel sistema, y entró tan sólo a señalar sanciones para ciertos hechos, pero ni definió el delito ni lo clasificó por especies. Tomó las circustancias caracterizadoras de las especies del homicidio únicamente para establecer la mayor o menor gravedad de la penalidad.

"Fíjese la atención en este último punto especialmente, y se comprenderá cómo tales circunstancias especiales no entran en los casos de heridas como elementos constitutivos del delito, sino como meras agravantes, y cómo de esta manera cambia el sistema totalmente, para llegar a una consecuencia que destruya el absurdo de dejar sin sanción muchos casos que pueden presentarse sin que sea posible comprobar tangiblemente la premeditación.

"En efecto: si se considera esta circunstancia como elemento constitutivo del delito, el Juez tiene que hallarla comprobada completamente para poder enjuiciar y para condenar luégo directamente si le toca fallar sin intervención del Jurado, o para preguntarle a éste sobre tál circunstancia, en el caso de que haya esa intervención. Si no está comprobada, el Juez no puede enjuiciar, porque no está acreditado el cuerpo del delito, y si lo hace, y el Jurado niega luégo la premeditación, queda el hecho sin sanción, porque, a diferencia del homicidio, en los casos de heridas no existe delito definido ni especies clasificadas; y no hay, por lo mismo, la especie de delito de heridas voluntarias, en donde pueda acomodarse el hecho cuando se ha suprimido la premeditación, como se hace con el homicidio.

"Pero si se le considera como una circunstancia agravante general, comprendida en la tercera del artículo 117 del Código Penal, el Juez puede enjuiciar por un delito de heridas sin hacer mención de ella, y luégo deducirla en la sentencia de la falta de concurrencia de otras circunstancias que sitúen el hecho en un caso distinto de los artículos 645 a 651.

"Aun la misma redacción del artículo 645, tomando éste como ejemplo, indica que la premeditación se ha tomado allí como agravante y no como elemento constitutivo del delito. Comprende el hecho delictuoso en estos términos:

'El que voluntariamente hiera, dé golpes, o de cualquier otro modo maltrate de obra a otra persona.'

"Y agrega:

'Con premeditación y con intención de maltratarla.'

"Si hubiera querido tomar la premeditación como elemento constitutivo del delito, más clara y comprensivamente hubiera dicho:

'El que voluntaria y premeditadamente hiera, dé golpes, o de cualquier otro modo maltrate de obra a otra persona.'

"A diferencia de lo que hizo al tratar del homicidio, el legislador no incluyó en el capítulo de las heridas la presunción de premeditación, precisamente porque la premeditación es deducible por el Juez como circunstancia agravante general, en todo caso de heridas no causadas en riña, sin traición ni alevosía, ni en las condiciones de los artículos 604 a 608.

"El legislador tuvo en cuenta todos los casos que pueden presentarse en el delito de heridas, y se concretó a sancionarlos en atención a las circunstancias agravantes que contempló; pero sin entrar en especificaciones individualizantes. En este orden estableció un régimen de penalidad al cual relacionó la generalidad de los casos en forma tál, que directa o colateralmente toda sanción se refiere a los casos de los artículos 645 a 651, con las solas excepciones de los hechos comprendidos en los artículos 655 y 658, que, como especialísimos, tienen sus sanciones especiales también, y de los casos de heridas causadas sin voluntad, en los cuales, por lo mismo, no puede haber nunca premeditación."

Después de hacer un cuadro sinóptico del sistema penal del Código, en lo relativo al delito de heridas, la Procuraduría continúa:

"Como se ve, es este un régimen perfectamente vertebrado, que depende en su mecanismo del sector formado por los artículos 645 a 650. Estos artículos señalan la estructura general del delito por las consecuencias que cada hecho produzca, y a excepción de los casos comprendidos en los artículos 655, 658 y los que se refieren a las heridas causadas sin voluntad, todos los demás hacen relación a aquella estructura general en cuanto al hecho mismo, y modifican la pena, aumentándola o disminuyéndola, según las circunstancias especiales que concurran.

"De lo cual resulta evidentemente que todo caso de heridas tiene su sanción en los seis primeros artículos

que rigen el sistema, pero esa sanción está sujeta a modificación de aumento o de disminución, según que concurran en el hecho circunstancias que lo agraven o lo atenúen, conforme a las demás disposiciones especiales.

"Y es consecuencia de esto la de que en todo caso haya de considerarse el delito de heridas con la agravante de la premeditación, siempre que no resulte claramente que se cometió en riña, en alguno de los casos de los artículos 604 a 608, o en los de los artículos 655 y 658, porque éstos constituyen verdaderas excepciones, que no caben en la regla general.

"En mi concepto, el legislador, al estudiar todos los casos de heridas que pueden presentarse, tuvo en cuenta los más comunes, que son: los de heridas causadas en riña; los de heridas causadas en el acto de ser provocado por una ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o a la de alguna de las a que se refiere el artículo 587; los de heridas causadas en el acto mismo de ser provocado por golpes, heridas u otra violencia contra su propia persona o contra alguna de las ya citadas; los de heridas causadas a alguna de las personas indicadas en el artículo 606, cuando la sorprenda en acto carnal o preparatorio de éste, con hombre que no es su marido; los de heridas causadas con exceso, ligereza u otra culpa, en los casos del artículo 591, y los de heridas causadas sin mediar motivo previo y conocido. Los primeros los consideró menos graves, y los sancionó benignamente, en atención a las causas que los estimulan, aunque las heridas dejen lesiones o incapacidades graves, leves o levísimas. El último, que puede ser de ocurrencia frecuente, lo consideró más grave, y entendió que por la carencia de un móvil debía deducírsele en todo caso la agravante de la premeditación, y lo sancionó con las penas de los artículos 645 a 650.

"Aquí la razón de la tesis que sostengo: cuando no aparezca claramente que el hecho tuvo una causa de las indicadas en los casos menos graves del párrafo anterior, o que las heridas fueron causadas involuntariamente o en uno de los casos de los artículos 655 y 658, ha de tenérsele como caso de heridas causadas voluntariamente y con premeditación, si además reúne las condiciones de alguno de los artículos 651, 652, 653, 654, 656, 657, 664 y 665, se le sancionará con la pena que señale la respectiva disposición de éstas. Si no reúne ninguna de ellas quedará comprendido en uno de los casos de los artículos 645 a 650, según la clase de lesiones o incapacidades que las heridas hayan producido.

"Hecho el estudio anterior, y considerada la premeditación como agravante general y no como elemento constitutivo del delito, se comprende con cuánta facilidad puede el Juez estudiar cada caso para someterle al Jurado un cuestionario sin hacer mérito de la premeditación, y dejar libre el campo para aplicar luégo la sanción que corresponda al delito, o para estudiarlo él directamente en su sentencia y examinar si concurren circunstancias especiales que modifiquen el hecho y colocarlo en la respectiva disposición que tales circunstancias comprenda, o si no concurren, llevarlo al caso que le corresponda en los artículos 645 a 650, deduciendo la premeditación de los elementos que ofrezca el proceso. De esta manera se salva el escollo, se coloca cada hecho en la situación jurídica más racional, se hace que las disposiciones citadas produzcan el resultado que el legislador se propuso al dictarlas y no se deja sin sanción ningún delito de heridas que la merezca.

"Por las razones anteriores, considero que el Tribunal no violó la ley penal por mala interpretación de ésta ni por indebida aplicación de la misma, en el concepto de haber deducido premeditación en el hecho materia del juzgamiento."

"Estos mismos conceptos son aplicables al caso de que ahora se trata.

"Por lo tanto, opino que son infudadas las causales de casación alegadas por el reo, y que así debe declararlo esa honorable Sala."

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en armonía con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundadas las causales de casación alegadas, y en consecuencia no es el caso de infirmar, como en efecto no infirma, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, de fecha once de octubre del año próximo anterior, y por la cual se condena a Luis Enrique Blanco a la pena principal de nueve años, cuatro meses y doce días de presidio.

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

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Repuesta la actuación de este proceso en la parte que declaró nula esta Sala de la Corte, en providencia de veintiuno de marzo del año próximo pasado, el Juez del conocimiento, 2º Superior del Distrito Judicial de Manizales propuso nuevamente al Jurado, convocado y reunido otra vez en la presente causa, los siguientes cuestionarios:

Primera cuestión.

"¿El acusado Rafael o Rafael Emilio Luna, conocido también con el nombre de Pedro, es responsable del hecho de haber dado muerte, premeditada y voluntariamente, a Lisandro Jiménez, por medio de varias heridas causadas con proyectiles o perdigones de una arma de fuego, o sea de una escopeta, hecho que acaeció en el paraje de **La Hondita**, del Corregimiento de Viterbo, del Municipio de Apía, dentro de este Distrito Judicial, en las primeras horas de la noche del día veintidós de marzo del año de mil novecientos treinta y uno?"

Segunda cuestión.

"¿El acusado Rafael o Rafael Emilio Luna, conocido también con el nombre de Pedro, cometió el hecho que se menciona en la cuestión principal con las siguientes circunstancias, o con alguna, o con algunas, o parte de ellas, a saber: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidado, indefenso y desapercibido al occiso Lisandro Jiménez?"

La primera de las cuestiones transcritas fue contestada afirmativamente, agregando, tres de los miembros del

Jurado, después de la siguiente frase: "pero bajo la impresión de amenaza o temor." La segunda cuestión fue absuelta en forma negativa, por mayoría de cuatro votos.

En desarrollo del veredicto, el Juzgado Superior, en sentencia de catorce de junio del año pasado, condenó al encausado a la pena de doce años de presidio y sus accesorias, dando aplicación al artículo 595 del Código Penal, y previa la calificación de la delincuencia en el menor grado.

Apelado el fallo para ante el Superior, éste lo confirmó en todas sus partes, con fecha veinticinco de agosto postrero.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso oportunamente el procesado recurso de casación, el cual le fue concedido, y enviados, en consecuencia, los autos a esta Sala de la Corte para resolverlo. A ello se procede en seguida, agotada como está la tramitación en este Despacho.

El recurrente invoca las causales primera, segunda, tercera y cuarta del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, "pues la mencionada sentencia, dice, es violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma; también es violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó en un juicio viciado de **nulidad** sustancial, e igualmente es violatoria de la ley, por cuanto hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, y además, está dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado."

Comenzando la consideración de las causales invocadas por la segunda, o sea violación de la ley procedimental, por cuanto la sentencia se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley, se observa:

El recurrente funda esta causal en el hecho de haber sido sorteado, bajo el número 484, el señor Valencia Pedro Pablo, y haber sido éste reemplazado luégo por el designado Santiago Vélez, a virtud de informe del Secretario del Juzgado, en que manifestó no ser conocido en la ciudad de Manizales el designado Valencia.

A folios 134 y 135 y 135 vuelto, consta porqué se reemplazó al designado Valencia. En efecto: el Secretario informó al Juez lo siguiente:

"Nadie da razón del designado señor Pedro Pablo Valencia, a pesar de las diligencias que con tal fin se han hecho. Lo que parece es que el Tribunal Superior haya sufrido una equivocación, al incluír ese nombre en la lista de Jurados."

Dispuso entonces el Juez, en vista de tal informe, señalar nuevo día y hora para el sorteo parcial, a fin de reemplazar al designado Valencia. Así se hizo realmente, verificándose el sorteo en forma absolutamente legal. No consta que en ese acto hubiera reclamado de la resolución del Juez la parte que ahora alega la nulidad, como lo exige el ordinal 2º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, en su parte final. Siendo esto así, como lo es, es indudable que carece de fundamento la nulidad invocada. Además, conviene advertir de paso, en el particular, que por el hecho de haber figurado en la lista de Jurados una persona no conocida en un momento dado, no quiere decir que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar el cargo, sino apenas que hubo equivocación en poner en la lista una persona que no se encontró en un momento dado, o cuya existencia no se comprobó previa y debidamente.

La primera causal invocada, o sea ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma, la hace consistir el recurrente en el hecho de que le aplicaron los artículos 585 y 595 del Código Penal, cuando lo procedente habría sido el aplicársele el 600 o 602 de la misma obra. Y la funda en la consideración de que, a su parecer, el Jurado lo declaró responsable de homicidio voluntario, y sin embargo, se le condenó como homicida voluntario y premeditado.

Basta observar respecto de la anterior causal que el Jurado contestó afirmativamente el cuestionario que se le propuso, sobre si Luna era responsable de homicidio premeditado; para que se vea el ningún fundamento de aquélla, ya que el juzgador no hizo otra cosa que amoldarse en un todo al veredicto del Tribunal de hecho.

Por otra parte, la respuesta dada por el Jurado, respuesta netamente afirmativa, a la cual agregaron tres miembros del Tribunal de hecho la frase "pero bajo la impresión de amenaza o temor," no queda desvirtuada en manera alguna por tal agregación, ya que ésta no significa otra cosa sino el sentimiento de que estuvo, o mejor, pudo estar invadido el acusado dentro de su firme propósito (premeditación) de realizar el hecho delictuoso de autos Cualesquiera otras interpretaciones en este particular tienen, a no dudarlo, un carácter meramente acomodaticio, que no se conforma con la realidad jurídica. Por lo mismo, la aplicación de la ley penal hecha por los juzgadores de instancia, es inobjetable, ya que se amolda en un todo a esa realidad, apreciada legalmente.

En lo tocante a la tercera causal, o sea violación de la ley en la sentencia por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, el recurrente manifiesta que tal error estriba en que la autopsia del cadáver de Jiménez fue practicada por un solo perito, que lo fue el médico oficial de la ciudad de Apía, doctor Ricardo Mejía Jaramillo, pues la otra persona que intervino como perito en esta diligencia, lo hizo simplemente en calidad de testigo, por ser analfabeto en medicina legal.

Se contesta:

Es verdad que en la diligencia de autopsia intervino como médico oficial el mencionado doctor Mejía Jaramillo; pero no es menos cierto que la intervención de Manuel J. Montoya no fue precisamente como testigo sino como perito en tal diligencia, según se desprende de la misma. Ahora, la afirmación de que el perito Montoya es absolutamente ignorante en cuestiones de medicina legal, es meramente gratuita por parte del recurrente, quien no la basa en ningún hecho cierto. Y si se considera la intervención de Montoya, por lo que consta en la diligencia respectiva, completa por todos sus aspectos, se tiene que concluír más bien que intervino conscientemente en ella. Además, bien sabido es que la dificultad en ciertos municipios de que intervengan en las autopsias dos médicos graduados y verdaderos expertos, hace, la mayor parte de las veces, que el médico oficial se asocie de una persona, lo más conocedora posible, para que intervenga como perito en la diligencia, intervención que en manera alguna puede viciar la referida diligencia, porque ella se amolda a la ley y a las circunstancias, ya que el médico oficial practica la autopsia no solamente delante del compañero sino con su directa intervención, para que se dé clara cuenta de que las conclusiones a que llega son en lo general rigurosamente exactas.

No hay, pues, lugar tampoco a estimar como demostrada esta otra causal.

La cuarta causal invocada es la de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, por cuanto que al Jurado se le propuso la premeditación, siendo así que tal circunstancia no se trató en el enjuiciamiento sino de una manera lacónica.

Se considera:

No es exacto que en el auto de proceder se dejara de apuntar lo relativo a la premeditación; allí se trató el punto en forma suficiente para que el acusado se enterara de que debía defenderse de ese cargo. En efecto, en tal auto se dijo:

"Adrede ha guardado silencio hasta aquí el infrascrito Juez respecto al muy grave tópico de la **premeditación**, no porque considere que ella no hubiera existido, y acaso desde bastante tiempo, o por lo menos de algunos días atrás, de parte del sindicado de autos, sino porque considera que esta es una circunstancia que sobresale en ellos, como se deduce de la lectura de todos aquellos memoriales que se consagraron al estudio de la prueba circunstancial o de indicios, y también para dejar así al Jurado en mayor facultad de apreciación moral de las cuestiones que a la postre haya de resolver.

"Conviene, no obstante, hacer notar que, según léxico muy autorizado de la lengua que se tiene a la vista, **premeditación** significa tanto como 'considerar, meditar juiciosamente sobre alguna cosa **antes de ejecutarla.**' Proponerse, **meditadamente** la perpetración de un delito, y, al efecto, tomar las medidas necesarias para realizarlo, es lo que constituye la premeditación criminal.

"Parece que queda bien definida la premeditación en lo anterior. De ello se deduce, pues, que para que pueda advertirse el concurso de la misma en los delitos, se necesita la **determinación juiciosa, meditada,** antes de cumplirse el hecho, y que luégo aparezcan los medios adoptados para efectuarlo. Tal sucesión es precisa para establecer como premeditado el hecho."

Y el Tribunal, al revisar el auto del Juez, sobre el punto de la premeditación, se expresó así:

"El señor Juez, en la parte motiva de su providencia, enuncia la circunstancia subjetiva de la premeditación, y ello está bien así, a fin de que el enjuiciado se defienda de ella y la destruya si le es posible."

De manera que si se le formuló, como se ha visto, el cargo al acusado, de aparecer responsable de homicidio premeditado, carece de fundamento el reparo hecho por tal aspecto. Cuanto a las circunstancias de asesinato, ellas se incluyen en el cuestionario por mandato expreso de la ley, cuando se formula el cargo de premeditación (artículo 79 de la Ley 100 de 1892).

En suma, careciendo, como se ha visto que carecen de fundamento los reparos hechos a la sentencia del juzgador de segunda instancia, es el caso de mantener firme el fallo recurrido.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde en el fondo con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

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

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir sobre la responsabilidad de Emilio Ortiz y Pastor Muñoz por la muerte de José María Pajón, le propuso el Juez del conocimiento, 1º Superior del Distrito Judicial de Medellín, el siguiente cuestionario:

Cuestión primera.

"¿El acusado Emilio Ortiz es responsable de haber herido voluntaria y premeditadamente, con arma punzante y contundente a José María Pajón, a consecuencia de lo cual murió éste instantes después; hechos ocurridos en el paraje **La Estación Angelópolis,** jurisdicción del Municipio de Angelópolis, el catorce de mayo del año de mil novecientos treinta?"

El Jurado contestó: **"Sí."**

Cuestión segunda.

"¿El acusado Emilio Ortiz ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión principal, con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada o desapercibida a su víctima, señor José María Pajón?"

El Jurado contestó: **"Sí, con las circunstancias anotadas en la cuestión."**

Cuestión tercera.

"¿El acusado Pastor Muñoz es responsable de haber herido voluntaria y premeditadamente, con arma punzante y contundente, a José María Pajón, a consecuencia de lo cual murió éste instantes después; hechos ocurridos en el paraje **La Estación Angelópolis,** jurisdicción del Municipio de Angelópolis, el catorce de mayo de mil novecientos treinta?"

El Jurado contestó: **"Sí."**

Cuestión cuarta.

"¿El acusado Pastor Muñoz ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión anterior, con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada o desapercibida a su víctima, señor José María Pajón?"

El Jurado contestó: **"Sí, con las circunstancias anotadas en la cuestión."**

Sobre este veredicto, acatado en su integridad, el Juzgado dictó sentencia con fecha ventiocho de febrero del año próximo pasado, por medio de la cual, dando aplicación al artículo 590 del Código Penal en relación con el artículo transitorio B del Acto legislativo número 3 de 1910 y con el artículo 3º de la Ley 54 de 1913, condenó a cada uno de los encausados a la pena fija de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Apelado el fallo para ante el superior, éste, en providencia de treinta y uno de julio del mismo año, lo confirmó en todas sus partes.

Contra la sentencia de segunda instancia interpusieron recurso de casación los defensores de los procesados, recurso que les fue concedido.

Enviados los autos a este Despacho y agotada la tramitación propia del recurso, se procedió a resolverlo.

Durante el traslado que en esta Sala se les concedió, los recurrentes presentaron sus alegaciones respectivas. Aun cuando el escrito en que sustenta el recurso el representante de Emilio Ortiz abarca las mismas consideraciones expuestas en el de Pastor Muñoz, a todas las alegaciones sobre casación se atenderá para efecto de las apreciaciones que van a hacerse.

El recurrente Francisco A. Duque, en un largo alegato empieza por estudiar con la mayor amplitud los indicios que sirvieron de base tanto para llamar a juicio como para condenar a los procesados Ortiz y Muñoz. Aun cuando aquél no menciona al referirse a tales indicios, ninguna causal, se podría deducir implícitamente que tal estudio atañe a la injusticia notoria del veredicto. Pero como esta causal, que no se halla en manera alguna mencionada, exige para ser considerada en casación, el haber sido debatida previamente en las instancias (numeral 5º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931), y tal debate no aparece en este proceso, la Sala tiene que abstenerse de su apreciación, por no ser en el presente caso procedente ni legal.

Respecto de la causal segunda invocada por los recurrentes, o sea ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley, hacen consistir ellos esos vicios de procedimiento, en los siguientes hechos, que el Tribunal analiza en su fallo con razones que no han sido desvirtuadas al alegarse nuevamente en casación, pero sin presentar distinto aspecto ni otras apreciaciones sobre el particular, por lo cual tales razones conservan toda su fuerza y vigor. Dice así sobre las irregularidades debatidas el fallador de segunda instancia:

"1ª Que la causa no es nula por haberse incurrido en equivocación relativa al lugar en que se cometió el delito (artículo 264 de la Ley 57 de 1887, número 7º), porque éste se consumó en el paraje **Estación de Angelópolis**, jurisdicción de este Municipio, como lo afirma la totalidad de los testigos del informativo, aun cuando a última hora se haya querido involucrar las cosas y se pretenda hacer creer, con fines preconcebidos, que fue en otro paraje distinto. Además, téngase en cuenta que lo que importa saber, de una manera especial, es el lugar donde se cometió el delito, y éste no fue otro que el del Municipio de Angelópolis.

"2ª No hay nulidad por equivocación en el nombre o apellido de la persona responsable, porque a Emilio Ortiz siempre se le ha conocido por este nombre, pues así dijo llamarse en sus indagatorias, así firma en todas las diligencias y así lo mencionan todos los individuos que a él se refieren en este proceso, y, por consiguiente, el hecho de que en una partida de bautismo, que figura a folio 197 del cuaderno 2º, que no está identificada, se encuentre el nombre de Emilio Antonio, aun suponiendo que corresponda al del procesado Ortiz, no implica error en el nombre, porque éste es el mismo 'Emilio,' sino la omisión del 'Antonio,' que nadie estaba al tanto de saberlo, ya que el mismo interesado no se lo daba a conocer. (Véase numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887).

"3ª No hay nulidad por no haberse celebrado el juicio a la hora señalada.

"En efecto: el juicio principió a celebrarse el trece de diciembre del año pasado, a las dos p. m. (folio 165, cuaderno 2º), y si es cierto que en la sesión sexta (folio 179, cuaderno 2º), última del juicio, hizo constar el señor defensor de Ortiz que la hora fue la de las diez a. m. y no la de las nueve a. m., como lo dice el acta respectiva, no lo es menos que a esta sesión o audiencia sexta asistió, como a todas las demás sesiones, la parte que hoy alega esta nulidad, y por consiguiente no es el caso de que habla el numeral 6º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, que exige para declarar esta nulidad, que la diligencia se haya practicado sin la asistencia de la parte que la alega.

"Ahora bien: si es el numeral 5º del mismo artículo el que se alega subsidiariamente para este caso, véase al respecto lo resuelto por la honorable Corte Suprema de Justicia, que también va en contra de la tesis del señor defensor, y dice así:

'La nulidad de que trata el numeral 5º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887 (proveniente de no haberse notificado a las partes el auto en que señala día para la celebración del juicio) existe, aun cuando no se notifique dicho auto si, por otra parte, no se les permite tomar parte en la audiencia o reunión del Jurado, porque lo importante no es que se cumpla la formalidad material de la notificación, sino que se permita hacer efectivo el derecho de concurrir y tomar parte en esa elaboración del Jurado. Tan cierto es esto, que aun faltando esa notificación, si las partes concurren, no hay nulidad por esa informalidad. (Casación, 4 diciembre de 1925, **XXXII**, 133, 3ª)'

"4ª No hay nulidad por la no asistencia del Fiscal a la diligencia de sorteo.

"En ninguna parte del Código está erigida la ausencia del Fiscal de la diligencia de sorteo, en causal de nulidad, y mal podría estarlo, cuando el artículo 276 de la Ley 57 de 1887, que es el que indica cómo se verifica el sorteo, autoriza para cuando alguno no hubiere concurrido a esta diligencia, sacar a la suerte los individuos que deben componer el Jurado. Esto fue lo que se hizo correctamente en este negocio, al folio 150 del cuaderno 2º.

"5ª No hay nulidad por haberse reemplazado al miembro del Jurado señor don Clímaco Ramos.

"Dice el señor defensor que se reemplazó indebidamente el Jurado sorteado, al folio 150 del cuaderno 2º, don Clímaco Ramos, por no haberse encontrado para la celebración del juicio, como se informa al folio 155, cuaderno 2º, y agrega que, obrando con ese mismo criterio, ha debido reemplazarse también a los designados doctores Alejandro Múnera y Pedro Nel Cardona, por estar en las mismas circunstancias del señor Ramos.

"Hay que advertir que la nulidad de que habla el numeral 2º del artículo 275 de la Ley 57 de 1887, alegada por el motivo anteriormente transcrito, se refiere única y exclusivamente al reemplazo indebido en el **acto del sorteo** (subraya la Sala) de alguno de los designados, o no haberlo reemplazado, si era el caso.

"En este proceso, en el acto del sorteo (folio 150, cuaderno 2º), no se reemplazó a nadie indebidamente, o al

menos en esa diligencia no consta ningún reclamo al respecto, y por consiguiente, no es el caso de declarar la nulidad alegada por este motivo.

"Quizá pudiera decirse que se reemplazó informalmente al designado don Clímaco Ramos, en el folio 155, cuaderno 2º, a lo cual accedió el señor defensor de Emilio Ortiz, quien hoy alega esta nulidad, pues al ser notificado de su reemplazo, al folio 155 vuelto, no protestó, por considerarlo injusto, arbitrario o inconveniente, para poder tal vez tener algún fundamento en lo que hoy solicita sin asidero o apoyo legal, toda vez que una simple informalidad no puede erigirse caprichosamente en causal de nulidad.

"No es porque el funcionario, ya sea Juez o Magistrado, preste obediencia doméstica a la letra muerta de la ley, como irónicamente lo dice el señor defensor en su alegato, de folio 198, por lo que no se decretan las nulidades que pide, sino porque éstas son taxativas, y el funcionario no puede erigir o crear otras nuevas so pretexto de satisfacer las aspiraciones de un defensor que, en su afán, rayano en tenacidad, de defender a su reo, pretenda que se establezcan otras nuevas.

"Por eso, con tánta razón ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, lo que a continuación se transcribe; por ser pertinente al caso de autos, y para poner punto final al incidente de las nulidades pretextadas por el señor defensor del reo Ortiz, las cuales ya han quedado estudiadas en esta primera parte de esta providencia.

"'Dice así la honorable Corte Suprema de Justicia:

'Las informalidades que se noten en un juicio criminal no producen nulidad sustancial si ellas no constituyen alguna de las circunstancias que de modo taxativo enumeran los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887. Si bien es cierto que las causales de nulidad procedimental están establecidas como garantía del derecho de defensa del procesado, también lo es que ellas dicen relación a la defensa de los fueros sociales, y por ello, para evitar el libre arbitrio de los Jueces, la ley ha señalado de modo limitado (restricto), las causales que ella estima adecuadas al ejercicio del derecho. (Casación, 3 diciembre de 1925, XXXII, 119, 3ª; casación, 22 marzo de 1926, XXXII, 253, 2ª).'"

A las mismas conclusiones llega el señor Procurador con todo acierto. De suerte que no es el caso de insistir sobre las irregularidades apuntadas por los recurrentes, para dejar establecido, como en efecto se establece, que no pueden considerarse ellas como vicios o nulidades procesales capaces de invalidar la actuación.

Dentro de la segunda causal se ha querido también estimar como nulidad el hecho de no haberse propuesto el concurso recíproco, tanto en el auto de proceder como en los cuestionarios sometidos al Jurado.

Si se considera que el artículo 22 del Código Penal señala como autores del delito a los que lo cometen, ya solos y aisladamente, ya en concurso recíproco, fácilmente se echa de ver que tal circunstancia no puede tener cabida en este proceso como nulidad, porque la prueba de la responsabilidad de los encausados, en las condiciones deducidas en el proceso, dan claro margen para considerarlos como autores, aun cuando no se estimase probada la solidaridad o concurso recíproco.

Cuanto a la tercera causal, o sea error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, se hace ella consistir en que la premeditación como elemento constitutivo de la objetividad del hecho delictuoso, no se halla acreditada en autos.

Aun cuando esta tercera causal apenas se enuncia, pues no aparece en las alegaciones de los recurrentes ninguna demostración ni análisis al respecto, conviene decir que la Sala ha manifestado en varios fallos que el elemento subjetivo de la premeditación, como intencional que es, no forma parte estrictamente del cuerpo del delito, el cual puede netamente demostrarse, prescindiendo de aquel elemento subjetivo. Otra cosa es que cuando existe la premeditación, se enuncie claramente en el auto de proceder, para que el procesado pueda defenderse de ella. Y esto sí se hizo en el proceso que se estudia, en el cual, por otra parte, existe suficiente prueba de ella.

Finalmente, la enunciación que hacen los recurrentes de nulidad de la causa por incompetencia de jurisdicción, parece que la quieren hacer consistir en el hecho de que cuando falló el Tribunal Superior este negocio, se había declarado la nulidad de una elección hecha por la Corte para Magistrados del Tribunal Superior de Medellín. Pero si se tiene en cuenta que los Magistrados que actuaron en la causa dictaron su fallo de segunda instancia cuando plenamente tenían el carácter de Magistrados, y que la nulidad de su elección no puede legalmente obrar retroactivamente para invalidar sus actuaciones, desaparece la alusión que sobre el particular formulan los recurrentes.

En suma, no hay base en las alegaciones presentadas para invalidar el fallo recurrido, el cual, por el contrario, debe mantenerse firme.

Por tanto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

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

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Conoce la Corte del presente negocio en virtud del recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia de fecha dos de junio postrero, por medio de la cual el Consejo de Guerra Superior reunido en esta ciudad, condenó al Mayor Camilo A. Callejas como autor del delito de injuria pública de que trata el artículo 760 del Código Penal en relación con los artículos 764 y 744 de la misma obra, previa la calificación de su delincuencia en el menor grado, a la pena principal de cuatro meses de arresto y a las correspondientes incorporales accesorias.

Surtida en este Despacho la tramitación propia del recurso, se procede a resolver lo que fuere legal, para lo cual se considera:

El hecho que, con el carácter o calificación de injuria pública, ha sido materia de condenación por parte de

la mayoría de los vocales del Consejo de Guerra Superior precitado, se desarrolló el nueve de marzo del año próximo pasado, alrededor de las diez y media de la mañana, dentro del edificio del Batallón de Ferrocarrileros Mejía, número 1, situado en Facatativá.

En la fecha, día, hora y lugar mencionados, se presentó el Mayor Camilo A. Callejas, y después de saludar a los Oficiales Mayor Convers, Capitán Rodríguez y Teniente De las Casas, al propio tiempo que se dirigía con éstos al segundo piso del cuartel, pronunciaba en voz suficientemente clara para que fuera oído, cargos y expresiones fuertes contra el Mayor Enrique Hernández Terán, Comandante del Batallón.

En los momentos en que el Mayor Callejas pasaba por frente a las oficinas del Comando, se asomó a una de sus puertas el Mayor Hernández Terán, y al ver la actitud de aquél, lo invitó a que entrara a su despacho, invitación que no fue aceptada por el Mayor Callejas, quien siguió más bien expresándose en la forma fuerte de que se ha hablado.

En el curso de la investigación se ha hecho constar que el Mayor Callejas, en cumplimiento de orden del Comandante del Batallón, comunicada por conducto del Oficial de detall, pasó en arresto militar a su habitación del cuartel y que allí permaneció, en tal condición, hasta el veinticinco de abril del año pasado.

Las expresiones a que se ha hecho referencia y de las cuales hay clara comprobación en autos, fueron éstas:

"Yo no soy ladrón ni estoy sindicado de robo de mulas; la Oficialidad se siente deprimida al estar bajo las órdenes de un ratero; y si el Perú lo supiera no se nos quitaría de encima; que era increíble que mientras la Unidad colombiana se esforzaba por allegar fondos para la defensa, él (el Comandante) buscaba los medios como el de las mulas para robarse la plata; de Mayor a Mayor, cero."

Existe constancia en el proceso de que las primeras frases pronunciadas por el Mayor Callejas no fueron dirigidas directamente al Mayor Hernández Terán, aunque sí referentes a éste, pero dirigiéndose el que las profirió a otros Oficiales. Las últimas de tales palabras, sí las encaminó de modo directo el Mayor Callejas al Mayor Hernández, cuando al salir éste a la puerta de su oficina del Comando, le manifestó que entrara para evitar el escándalo, y aquél le repuso: "Yo no tengo porqué cumplirle órdenes: de Mayor a Mayor, cero."

En el proceso existe igualmente constancia del grado militar tanto del denunciante como del acusado, y del carácter de subordinado en que se hallaba éste respecto de aquél, dentro del cuerpo o compañía del Batallón de Ferrocarrileros Mejía, de Facatativá.

Conocidos como quedan los antecedentes de este asunto y la manera como fue fallado por el Consejo de Guerra Superior, corresponde ahora estudiar el recurso de nulidad interpuesto ante la Corte para ver si es el caso de resolver de conformidad con alguno o algunos de los aspectos jurídicos planteados por el defensor del sentenciado.

Antes de considerar la primera parte de la alegación del recurrente, es decir, la que se refiere al hecho del Mayor Callejas no como infracción injuriosa sino calumniosa, conviene parar mientes en la segunda parte del escrito del señor defensor, esto es, en lo referente al hecho como infracción simplemente disciplinaria contemplada y sancionada por el Reglamento respectivo, pues es obvio que si ella estuviera efectivamente dentro de tal Reglamento, no habría objeto en detenerse la Sala en las restantes consideraciones del alegato.

Dice el señor defensor recurrente:

"El artículo 19 del Código Penal dice:

'Artículo 19. Los delitos y las culpas no comprendidos en este Código, que se cometan contra las leyes, reglamentos u ordenanzas particulares que rijan en algunas materias o ramos especiales de la Administración Pública, serán castigados con arreglo a las mismas leyes, ordenanzas y reglamentos.'

"**Injuria** o **calumnia** que sea, es evidente que el Mayor Callejas irrogó una **ofensa** al Mayor Hernández Terán el nueve de marzo. **Ofensa**, según el Diccionario de la Real Academia Española, es 'acción y efecto de ofender...' Y **ofender** es: '1. Hacer daño a uno físicamente, hiriéndole o maltratándole. 2. Injuriar de palabra o denostar. 3. Fastidiar, enfadar y desplacer...'

"Pero las ofensas, especialmente las de palabra, es decir, las **injurias** o **denuestos** entre **militares del Ejército** activo (circunstancia **concreta** que da carácter particularísimo a este delito) **no están contempladas en el Código Penal**, en donde sólo se habla de injurias entre particulares, o con relación a empleados públicos en general. En cambio, **sí están contempladas y sancionadas**, de manera precisa, en el **Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos** del Ministerio de Guerra, Reglamento número 6, aprobado por Decreto número 865, de quince de septiembre de mil novecientos once, hoy vigente, y del cual me permito acompañar un ejemplar oficial a la honorable Sala.

"Copio las disposiciones pertinentes del citado **Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos**, haciendo al pie de los que lo exijan las observaciones del caso:

'Castigos disciplinarios.

'I

'1) Los castigos disciplinarios tienen por objeto corregir las infracciones a las órdenes de los superiores, a los Reglamentos de servicio y las contravenciones del régimen militar, y se aplicarán siempre que tales infracciones no alcancen por su gravedad a constituír delitos penados por la ley, sino que se encuentren en la categoría de la falta.

. . . . . .

'2) Las faltas militares que **se deben castigar disciplinariamente** son las que siguen:

. . . . . .

'b) Aquellos **delitos militares** cometidos en circunstancias atenuantes, que el **Código Penal Militar** permite castigar en forma disciplinaria.'

"A este respecto observo: 1º El Consejo de Guerra Superior que juzgó al Mayor Camilo A. Callejas, consideró que el delito de **injuria**, por que le condenó, era un **delito militar**, ya que de otra manera no hubiera podido proceder contra dicho Oficial sino a virtud de acusación particular del Mayor Hernández Terán (artículo 200 de la Ley 153 de 1887), acusación que no existió. El Mayor Hernández Terán se limitó a denunciar delitos de 'insubordinación' y 'desobediencia,' no de 'injurias,' al respecto de los cuales se sobreseyó a favor del Mayor Callejas.

"2º El Código Penal Militar (Ley 84 de 1931), permite castigar en forma disciplinaria los delitos o faltas de la naturaleza del hecho imputado al Mayor Callejas, desde luégo que en dicho Código no se encuentran contemplados ni sancionados tales delitos o faltas, y en cambio sí se encuentran contemplados y sancionados en el **Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos,** en que vengo ocupándome, como se verá adelante.

"3º El Código Penal común, en su artículo 19, que ya he copiado, también permite castigar en forma disciplinaria los delitos o faltas de la naturaleza del hecho imputado al Mayor Callejas; y

"4º En el delito o falta que se ha imputado al Mayor Callejas no concurrieron circunstancias agravantes de ninguna clase y sí concurrieron todas las circunstancias atenuantes, que llevaron al Consejo de Guerra a declarar en su sentencia:

'No habiendo circunstancias agravantes y sí las atenuantes de ser el primer delito, la espontánea confesión y la buena conducta anterior del procesado, y considerarse la exaltación al cometer el hecho como producto de una entendida provocación al reo, la calificación de la delincuencia debe hacerse en el menor grado de responsabilidad.'

"Continúo copiando del **Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos:**

'2) Las faltas militares que **se deben castigar disciplinariamente** son las que siguen:

. . . . . .

'g) **La ofensa al superior** o al que tiene un grado o puesto superior en el servicio, cuando esta ofensa no haya sido difamatoria o cuando no se haya cometido por medio de impresos, dibujos, etc.'

"A este segundo respecto observo:

"1º Lo más comprende lo menos: si la ofensa al superior, dentro del Ejército, es castigado por el Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos, y no por el Código Penal, la ofensa entre Oficiales del mismo grado no puede ser castigada por éste y no por aquél, sin llegar al absurdo de que un delito mayor tiene pena más leve y viceversa; y

"2º La disyuntiva 'o' quiere decir que para que la ofensa entre militares sea objeto de sanción disciplinaria y no judicial, se requiere una de dos cosas: o que la ofensa **no haya sido difamatoria** (aun cuando lo haya sido por medio de impresos, dibujos, etc.), o que **no se haya cometido por medio de impresos, dibujos, etc.,** y (aun cuando haya sido difamatoria). La ofensa del Mayor Callejas al Mayor Hernández Terán—conforme se halla comprobado en el expediente—**no fue irrogada por medio de impresos, dibujos, etc.**

"En cuanto se refiere a sanciones, el **Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos,** dispone:

'4) Los castigos disciplinarios son los que siguen:

'A) Para Oficiales:

'1) Reprensión:

'a) Simple, sin castigos en presencia del superior inmediato;

'b) Formal, ante la Oficialidad reunida con ese objeto.

'c) Severa, por la orden del día, expresando la causa.

'2) Arresto. En su pieza, hasta por catorce días.'

"La falta cometida por el Mayor Callejas contra el Mayor Hernández Terán, el nueve de marzo, fue una falta disciplinaria, expresamente contemplada en el **Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos,** del Ministerio de Guerra, y no delito alguno de injurias contemplado en el Código Penal común. Y la pena aplicable a esa falta era una de las que acabo de transcribir y no arresto alguno judicial. También por este concepto, pues, la sentencia recurrida y todo el proceso contra el Mayor Callejas son nulos, 'por errónea aplicación de la pena legal' y por 'equivocación relativa a la denominación genérica del delito,' de conformidad con lo dispuesto en los artículos 111, ordinal 6º, y 121 de la Ley 84 de 1931, sobre Justicia Militar, y 264, ordinal 7º, de la Ley 57 de 1887, a que hice referencia en las primeras líneas de este escrito."

Todas las interesantes apreciaciones transcritas del distinguido defensor del Mayor Callejas, tienden, como es notorio, a encajar el hecho imputado a éste dentro del Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos del Ministerio de Guerra.

Ahora bien: las contravenciones del régimen militar, de que habla el Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos, actualmente en vigencia, no son otra cosa que infracciones a la disciplina militar, que no debe dejar pasar sin sanción correspondiente las faltas cometidas contra ella. Y la disciplina, particularmente la militar, no es solamente el orden y método en la vida cuartelaria, sino que implica además una doctrina, una norma, una instrucción rigurosa que obliga a quienes a ella deben estar sometidos, a un respeto profundo e inviolable, no solamente a la ley, sino también a los Jefes, al honor, al espíritu militar de que deben estar informados los que a la carrera de las armas se dedican. En este sentido, si un inferior falta a un superior disciplinariamente, conforme al reglamento respectivo, debe ser castigado. Y si se trata de Oficiales de igual graduación, pero subordinados el uno al otro por razones de servicio o de régimen militar estricto, la falta que el uno cometa contra el otro y que se halle expresamente contemplada en el Reglamento, debe sancionarse conforme a tal Reglamento, antes que recurrir a otras sanciones distintas de las peculiares.

Pero es indudable que lo consignado en abstracto en la consideración precedente, sucede en concreto cuando dentro del Reglamento se trata de las faltas contempladas expresamente en éste. Si se trata de cualesquiera otras infracciones que en una u otra forma no se contemplen allí—particularmente si no es el caso de meras faltas—entonces a virtud expresa de la ley, tales infracciones se sancionan conforme a la legislación "de justicia militar," cuando en ella se hallen previstas o conforme a las disposiciones de derecho común, según lo que dispone al respecto el artículo 1º de la Ley 84 de 1931.

Entre las disposiciones del Reglamento de castigos y reclamos, destaca el señor defensor la de la letra g) de la **primera parte** (referente a extensión de las facultades disciplinarias), en relación con el número 2) ibídem, y llega a la conclusión de que el hecho imputado al Mayor Callejas se halla sancionado de conformidad con el número 2) de la letra A), correspondiente a los castigos disciplinarios para Oficiales, a que alude esa **primera parte** citada.

Examinando, aun perfunctoriamente, la disposición en referencia, se ve que no cuadra en manera alguna al caso de autos.

En efecto, la disposición de la letra **g)** del número 2), dice:

"2) Las faltas militares que se deben castigar disciplinariamente son las que siguen:

. . . . . .

"**g)** La ofensa al superior o al que tiene un grado o puesto superior en el servicio, cuando esta ofensa no haya sido difamatoria o cuando no se haya cometido por medio de impresos, dibujos, etc."

Es decir, la anterior disposición tiene dos partes, así:

Primera parte. Ofensa al superior o al que tiene un grado o puesto superior en el servicio, **cuando esta ofensa no haya sido difamatoria**, se castiga disciplinariamente conforme al **Reglamento**.

Segunda parte. Ofensa al superior o al que tiene un grado o puesto superior en el servicio, **cuando esta ofensa no se haya cometido por medio de impresos, dibujos, etc.**, se castiga disciplinariamente, conforme al **Reglamento**.

Lo que precede está diciendo con toda nitidez y claridad, que **cuando la ofensa ha sido difamatoria o cuando se ha cometido por medio de impresos, dibujos, etc.**, entonces no se puede castigar disciplinariamente, es decir, conforme al **Reglamento**, sino que debe tener otra sanción, cualquiera que ella sea, pero que en manera alguna es de carácter disciplinario.

Ahora, el señor defensor reconoce que el Mayor Callejas irrogó una **ofensa** al Mayor Hernández Terán el nueve de marzo. Tampoco reconoce que tal ofensa fue **difamatoria**, ya que difamar es desacreditar a alguno, propalar, divulgar o difundir cosas denigrativas contra su fama o buena reputación, hablar mal de alguien en su ausencia, etc. La **ofensa** al superior o al que tiene un grado o puesto superior en el servicio, **cuando esta ofensa ha sido difamatoria**, no se puede castigar disciplinariamente. Luego no es el caso de castigar en tal forma, es decir, conforme al **Reglamento de castigos disciplinarios y de reclamos**, el hecho aquí imputado al Mayor Callejas.

La segunda parte de la disposición de la letra **g)**, o sea la atañadera a la ofensa al superior o al que tiene un grado o puesto superior en el servicio, cuando esta ofensa no se haya cometido por medio de impresos, dibujos, etc., no tiene cabida en este asunto, porque si bien es verdad que el hecho de que aquí se trata no se cometió por ese medio, no es menos cierto que está fuera de la otra condición, es decir, de no haber sido difamatoria, y como ya se ha visto que sí lo fue, no puede, por lo mismo, caber dentro del castigo disciplinario. De paso conviene anotar, que esta segunda parte se explica fácilmente si se tiene en cuenta que, aún cuando la ofensa no haya sido difamatoria, si se ha cometido por medio de impresos, dibujos, etc., quiere la ley que en tal caso salga del fuero meramente disciplinario para entrar en otro distinto, acaso por la significación que entraña el hecho de que dentro del régimen militar se extiendan y propaguen cualesquiera ofensas por ese medio de impresos, dibujos, etc., que lleva en sí mismo, es decir, en la manera como se difunden o se hacen tales ofensas, la trascendencia permanente y firme de su gravedad.

Descartado, según lo expuesto, el castigo disciplinario del Reglamento respectivo, para el hecho de que aquí se habla y cuya comisión ha sido imputada con sólido fundamento legal al Mayor Camilo A. Callejas, pasa la Sala a considerar la primera parte del escrito del señor defensor, o sea a determinar si en el presente caso se trata en realidad de calumnia o de injuria.

Dice el señor defensor en su alegato:

"La sentencia objeto del recurso es nula por 'errónea aplicación de la pena legal' y por 'haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito,' a términos de lo dispuesto en los artículos 111 de la Ley 84 de 1931, sobre Justicia Militar, y 264 de la Ley 57 de 1887, este último en relación con los artículos 1º y 121 de la citada Ley 84."

Después de transcribir las disposiciones citadas y de referirse a los conceptos emitidos por el Mayor Callejas contra el Mayor Hernández, conocidos ya, continúa expresándose así el defensor del sentenciado:

"De estas transcripciones se desprende en forma clara y precisa: 1º, que las palabras por las cuales ha sido condenado el Mayor Callejas, en Consejo de Guerra, envuelven sencillamente un cargo concreto contra el Mayor Hernández Terán, y es, a saber: que el Mayor Hernández Terán se había apropiado indebidamente unas mulas y se hallaba sindicado por esa causa; y 2º, que dichas palabras no fueron pronunciadas por el Mayor Callejas **dirigiéndose a él**, es decir, **echándoselas en cara**, sino dirigiéndose a **otros** (dos o tres compañeros Oficiales con quienes se encontraba), y que el Mayor Hernández Terán únicamente **precisó** que el Mayor Callejas se refería al Comando del Batallón **en el momento** en que abrió la puerta del Comando y le oyó varias expresiones, que ya estaba profiriendo mi defendido, **sin volverse, ni aun en ese momento, hacia el Mayor Hernández Terán.** Directamente entre los señores Mayores Callejas y Hernández Terán se cruzó tan sólo una invitación del segundo al primero para que siguiera al Comando, y esta contestación del primero, que no constituye ofensa de ninguna especie: 'Yo no tengo porqué cumplirle órdenes: de Mayor a Mayor, cero.'

"En estas circunstancias, no procedía llamar a juicio, ni mucho menos era posible condenar al Mayor Callejas por el delito de injuria, como lo ha sido. Procedía solamente sujetarlo a la prueba de su dicho. En caso de obtener esa prueba (como él aseveró ante el funcionario instructor que se encuentra en capacidad de hacerlo), sobreseer a su favor. En caso contrario (lo declaro sinceramente, bien que se trate de infracción más grave), no juzgarle por **injuria** sino por **calumnia**. Lo primero a términos de lo dispuesto en el artículo 758 del Código Penal, que dice:

'Artículo 758. Tampoco cometen injuria los que anuncien o censuren delito, culpa, defecto o exceso cometido por un funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones, o con relación a ellas; o delito o culpa cometido por cualquiera otro contra la causa pública, en los casos en que la ley concede acción popular para acusarlos o denunciarlos, **con tal que unos y otros prueben la verdad de lo que digan.**'

"Lo segundo, a términos de lo dispuesto en el artículo 743 del mismo Código Penal, que dice:

'Artículo 743. Es calumnia la imputación voluntaria que alguno hace a otro de un hecho falso, del cual, si

fuere cierto, debería resultar al calumniado alguna pena, o bien deshonra, odiosidad o desprecio en el pueblo o en el Distrito en que se cometa el delito.'

"Lo dispuesto en el ordinal 5º, artículo 755 del Código Penal ('la injuria comprende: .....5º, el **echar en cara** a otro, en su presencia, delito o falta que haya cometido, bien sea como empleado o como particular'), no podía ser aplicable, en caso ninguno, al Mayor Callejas: a), porque ya hemos visto que el Mayor Callejas **no echó en cara** al Mayor Hernández Terán delito o falta alguna; y **b)**, porque la disposición en referencia está sujeta a la excepción, **posterior y especial**, del artículo 758 del Código Penal, antes transcrito.

"Al llamar a juicio y al condenar al Mayor Callejas por el delito de injuria pública, se ha hecho, pues, 'una errónea aplicación de la pena legal' y se ha 'incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito,' y esto da lugar a la declaración de nulidad de la sentencia y de todo el proceso, en virtud de lo dispuesto en los artículos 111, ordinal 6º, y 121 de la Ley 84 de 1931, sobre Justicia Militar, y 264, ordinal 7º, de la Ley 57 de 1887, a que hice referencia en el principio de estas breves razones."

De lo anteriormente transcrito se desprende que el señor defensor del Mayor Callejas estima que en el negocio militar que se estudia se ha incurrido en doble nulidad: de un lado, equivocación relativa a la denominación genérica del delito, y de otro, errónea aplicación de la pena legal.

Según la ley de Justicia Militar—84 de 1931—en su artículo 111:

"Artículo 111. Da lugar a recurso de nulidad:

"1º La incompetencia de jurisdicción.

"2º No hacer al reo la notificación del auto de enjuiciamiento; pero esta causal desaparece si habiendo comparecido el reo en el juicio no lo reclama dentro del siguiente día al en que se le haga la primera notificación.

"3º No haberse notificado al reo y a su defensor el auto en que se señala día para la decisión de la causa.

"4º No recibir las pruebas conducentes, pedidas o presentadas en tiempo.

"5º No nombrar de oficio defensor al reo cuando éste no lo hiciere.

"6º Hacer una errónea aplicación de la pena legal.

"7º No establecer la identidad militar del reo con la prueba correspondiente a su servicio bajo banderas, nombramiento o diligencia de posesión, cuando se trate de personal militar."

Y el artículo siguiente, 112, dice:

"Artículo 112. Contra las sentencias definitivas dictadas por Consejos de Guerra ordinarios o superiores, no podrá interponerse ante la Corte Suprema otro recurso que el de nulidad por las causales que establece el artículo anterior. En estos casos, la Corte resolverá como Tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena, siéndole prohibido variar la calificación hecha por el Consejo de Guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado."

No se debe, pues, perder de vista que tratándose, como se trata, de una ley especial, que presenta en lo general casos delictuosos especiales, a ella debe recurrirse especialmente también, cuandoquiera que ocurrieren hechos y fuere el caso de sanciones allí contempladas. Sólo en circunstancias en que se viere claro el vacío de la ley militar o en que surgiere la duda nitidamente, deberá echarse mano de los principios y disposiciones de derecho común. Tal es la significación del artículo 1º de la Ley 84 de 1931.

Sirve la anterior consideración para expresar que, estando taxativamente señaladas en el artículo 111 de la ley militar las causales de nulidad y advirtiendo el 112 de la misma que solamente por esas causales podrá interponerse ante la Corte el recurso de nulidad, acaso no sea procedente el recurrir a la disposición de derecho común, o sea al ordinal 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, citada por el defensor.

Y es que la causal 6ª del precitado artículo 111 de la ley de Justicia Militar, es suficientemente amplia y comprensiva para los casos que puedan presentarse: porque se hace una errónea aplicación de la pena legal, no sólo cuando se impone una mayor o menor sanción de la que en realidad corresponde, sino también cuando se aplica una pena distinta de la que efectivamente cuadra al hecho o falta militar sancionable. En este último sentido, parece fuera de duda que en materia de delitos militares, si se llama a juicio y se condena, verbigracia, **por homicidio, pero se observa y establece claramente que lo que hubo fueron heridas, la causal de errónea aplicación de la pena legal es la procedente para enmendar el yerro, porque ella entraña naturalmente, en estos casos, la de equivocación relativa a la denominación genérica del delito.**

Debe estudiarse, pues, por el mero aspecto de la causal que se acaba de enunciar, la primera parte, ya transcrita, de lo alegado por el señor defensor.

Según el artículo 743 del Código Penal, la calumnia, como imputación voluntaria de una persona a otra, entraña la condición de que lo imputado se refiere a un **hecho**, y no a un hecho cualquiera, sino a un **hecho falso**, del cual, agrega la ley, si fuera cierto, debería resultar al calumniado alguna sanción o deshonra, odiosidad o desprecio en el lugar donde se realice el hecho delictuoso.

A diferencia, pues, de la injuria, que dice referencia a palabras ofensivas, difamadoras, contumeliosas, etc., es decir, a algo abstracto en sí mismo, pero que afecta la honra o el crédito o la dignidad de una persona, la calumnia envuelve, por el contrario, un hecho que, como tal, se concreta falsamente contra determinada persona. De suerte que si las palabras o frases pronunciadas no se refieren a un **hecho**, es decir, no pueden **concretarse** o **circunscribirse** a algo determinado, pueden más bien degenerar en injuria.

Ahora bien: no puede desconocerse que las frases del Mayor Callejas contra el Mayor Hernández Terán se refieren a un **hecho**. En efecto, tales frases fueron éstas: "Yo no soy ladrón ni estoy sindicado del robo de mulas; la Oficialidad se siente deprimida al estar bajo las órdenes de un ratero; y si el Perú lo supiera no se nos quitaría de encima; que era increíble que mientras la Unidad Colombiana se esforzaba por allegar fondos para la defensa, él (el Comandante), buscaba los medios como el de las mulas, para robarse la plata."

¿A qué mulas se refería el Mayor Callejas? Indudablemente a las mulas de que disponía el Batallón de que era Comandante el Mayor Hernández Terán. ¿Bajo las órdenes de qué ratero podía sentirse deprimida la Oficialidad? Bajo las órdenes del Mayor Hernández Terán. ¿A qué Oficialidad aludía el Mayor Callejas? A la Oficialidad del Batallón Ferrocarrileros Mejía número 1, de Facatativá. Al final de las frases transcritas más nitidamente vuelve a insistir en sus cargos el Mayor Callejas contra el Mayor Hernández Terán, al decir que éste, en su carácter de Comandante, buscaba los medios como el de las mulas para robarse la plata. Más claridad y concretación en el hecho imputado no es posible hacerlas resaltar.

Si, como se ha visto, lo que el Mayor Callejas imputó al Mayor Hernández Terán fue un hecho que concretó en su cargo, el cual ciñó, limitó y circunscribió al robo de las mulas de la Unidad de que era Comandante el Mayor Hernández Terán, medio de que se valía éste para robarse la plata del Tesoro Público, no hay duda de que el hecho imputado al Mayor Callejas debe considerarse como calumnia y no como injuria. Sobre las consecuencias jurídicas de ese hecho, no compete expresar ahora nada a la Sala, comoquiera que ellas dependen del desarrollo legal que al mismo hecho corresponde.

Sentado lo anterior y habida consideración de que al Mayor Camilo A. Callejas se le llamó a responder en juicio militar con intervención del Consejo de Guerra Superior, por el delito de injurias públicas, delito por el cual se le condenó, es inobjetable que en el presente asunto se ha incurrido en la causal de nulidad de que trata el numeral 6º del artículo 111 de la Ley 84 de 1931, sobre "Justicia Militar," o sea que se ha hecho una errónea aplicación de la pena legal, puesto que se aplicó la correspondiente al delito de injurias, debiendo haberse aplicado la relativa al otro delito errónea aplicación que entraña, asimismo, en este caso especialmente, la equivocación relativa a la denominación genérica del delito, y que exige, por lo mismo, declaratoria de nulidad de la actuación en lo pertinente. Siendo esto así, como en realidad lo es, debe invalidarse todo lo actuado, con fundamento en la precitada causal, desde el auto de proceder inclusive. No es el caso de aplicar la segunda parte del artículo 115 de la Ley "de Justicia Militar," porque la errónea aplicación de la pena legal hecha por el Consejo de Guerra Superior en la presente causa, arranca desde el auto de proceder, lo cual implica una equivocación fundamental en la denominación genérica del delito, que debe, en todo caso, subsanarse previamente en la forma legal correspondiente.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulo todo lo actuado en este proceso, desde el auto de proceder inclusive, obrando de acuerdo con el numeral 6º del artículo 111 de la Ley 84 de 1931 "de Justicia Militar," y en armonía con lo expresado en la parte motiva de este fallo.

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

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Basado en el veredicto del Jurado, que descartó la premeditación y circunstancias de asesinato en el cuestionario que se le propuso para decidir sobre la responsabilidad de Arturo Arbeláez por la muerte dada a Ofelia Serrezuela o Brizneda, el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Pereira lo condenó en sentencia de fecha diez y siete de mayo del año próximo pasado, previa calificación de su delincuencia en segundo grado y con aplicación del artículo 600 del Código Penal—considerándolo como homicida simplemente voluntario sin atenuación alguna,—a la pena principal de nueve años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Consultada tal sentencia con el superior, éste, en fallo de ventiséis de septiembre postrero, la confirmó en todas sus partes.

Contra la providencia de segunda instancia interpuso recurso de casación el sentenciado, recurso que le fue concedido y enviados, en consecuencia, los autos a esta Sala de la Corte para resolverlo. A ello se procede en seguida, agotada como está la tramitación del negocio en este despacho.

Durante el traslado que aquí se le corrió al recurrente, presentó éste una alegación relativa a su recurso, en la cual invoca la primera de las causales contempladas en el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, por dos aspectos: el primero, porque estima que la sentencia del juzgador en segunda instancia infringió, según su propia expresión, los artículos 604 y 605 del Código Penal, que eran, en su concepto, los aplicables a su caso, y nó el 600 ibídem en relación con el 117, en su numeral 10º y 123, parte final, del mismo Código; y el segundo, porque considera, en último término, que se le ha debido aplicar el inciso segundo del artículo 602 de la Ley sustantiva penal, apreciando su homicidio como de los menos graves.

En lo tocante al primer aspecto enunciado, el recurrente hace hincapié en el hecho de que no es posible declararlo responsable de homicidio simplemente voluntario, como decidió el Jurado, y al propio tiempo calificar su delincuencia en el grado medio, so pretexto, dice, de que existen circunstancias constitutivas de asesinato, porque tal cosa es un verdadero contrasentido.

Se contesta:

Lo que entraña un verdadero contrasentido, es lo expresado por el recurrente. Porque no es que los juzgadores de instancia, al condenar a Arbeláez como responsable de homicidio simplemente voluntario, acatando el veredicto del Jurado, que negó la premeditación, hayan considerado las circunstancias de la segunda cuestión propuesta al tribunal de conciencia, como constitutivas de asesinato. Nó. Lo que aquellos juzgadores hicieron, muy acertadamente por cierto, fue el considerar tales circunstancias—negadas como fueron también por el Jurado, con excepción de una, o sea la indefensión de la víctima,—sencillamente como circunstancias de agravación, es decir, como agravantes generales, que influían en la calificación del grado de la delincuencia, siempre que ellas estuviesen probadas; pero en manera alguna

han dicho de ningún modo los Jueces de instancia que esas circunstancias se tenían como constitutivas de asesinato, porque descartada y negada la premeditación por el Jurado, no podían ellas ya tener la aptitud jurídica para constituir el delito específico conocido con el nombre de **asesinato.** Siendo esto así, como lo es, dentro de la realidad procesal, los juzgadores de derecho entraron en la consideración, se repite, de tales circunstancias, simplemente como agravantes generales, y estimaron entonces probadas varias de ellas, que impusieron la calificación de la delincuencia del encausado en grado medio, como claramente lo han dejado establecido tales juzgadores en sus fallos. Y como esas circunstancias de agravación subsisten y el recurrente ni siquiera ha tratado de desvirtuarlas, es obvio que la calificación en segundo grado debe mantenerse firme.

Lo anterior está diciendo que fue legal y procedente la aplicación del artículo 600 del Código Penal, porque el Jurado afirmó la responsabilidad de Arbeláez dentro de un homicidio voluntario, sin atenuación ninguna, que imponía precisamente la penalidad de tal artículo en el grado en que ella se impuso. Por lo mismo, no había margen de ninguna clase para la aplicación de uno de los artículos 604 o 605, invocados por el recurrente, ya que éstos contemplan homicidios de especial atenuación, a los cuales en manera alguna quiso referirse el Jurado, que declaró rotunda y netamente la responsabilidad del acusado, descartada la premeditación, es decir, como simple homicidio voluntario.

Tampoco es el caso del aspecto de esta cuestión invocado subsidiariamente por el recurrente, o sea dentro de la aplicación del artículo 602 del Código Penal, en su inciso segundo, porque, como bien lo ha expresado la Corte en el propio pasaje citado por aquél, refiriéndose a la aplicación de ese inciso segundo, si bien es verdad que no es menester que el veredicto del Jurado, en alguna manera, contenga la atenuación del homicidio, no es menos cierto que para que ella pueda tener cumplido efecto, sí es preciso que la facultad del Juez no sea simplemente arbitraria, sino basada en un juicioso análisis de las pruebas del proceso que impongan la conclusión de menor gravedad de manera clara.

En el presente asunto el recurrente se ha limitado a pedir, sin estudio ni demostración alguna, que se le aplique el mencionado inciso segundo del precitado artículo 602, existiendo, de otro lado, el concluyente análisis de los Jueces de instancia, que pone de relieve, con la mayor nitidez, la exacta y correcta aplicación del artículo 600 en segundo grado; todo lo cual hace ver que carece del más leve fundamento la solicitud del recurrente.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo recurrido.

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

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Remigio González Gooding).

Al Jurado reunido para decidir en la causa seguida contra Jeremías Castellanos y otro, por los delitos de fuerza y violencia y corrupción, se le sometieron, con respecto al mentado Castellanos, las siguientes cuestiones:

Primera. ¿El procesado Jeremías Castellanos es responsable, sí o nó, de haber ejecutado con la menor impúber Eulalia Castro, de diez años, dos meses, trece días de edad, actos de corrupción, tales como hacerla acostar, quitarle los calzones, separarle las piernas y colocársele encima, en ademán de ejecutar el coito, lo que verificó varias veces, valido de que era peón de confianza de Luis Castro, padre de la víctima, tanto en el interior de la casa de habitación de la impúber como en sitio cercano, con anterioridad del diez y siete de agosto del año de mil novecientos treinta y uno, en la fracción de Oritá, de la jurisdicción del Municipio de Mariquita, de este Distrito Judicial? y

Segunda. ¿El procesado Jeremías Castellanos es responsable, sí o nó, de haber abusado deshonestamente de la menor impúber Eulalia Castro, de diez años, dos meses, trece días de edad, sorprendiéndola en momentos en que se encontraba sola en la cocina de su casa, después de lo cual le quitó los calzones, la tomó de la cintura, la tumbó cerca del fogón, le abrió las piernas, y ejecutó con ella el acto carnal, desflorándola, hecho ocurrido a eso de las cuatro o cinco de la tarde del día diez y siete de agosto del año de mil novecientos treinta y uno, en la casa de habitación de Luis Castro, padre de la víctima, en donde desempeñaba el procesado funciones de peón ordinario, en la fracción de Oritá, de la jurisdicción del Municipio de Mariquita, de este Distrito Judicial?

El Jurado contestó a la primera:

"Sí, pero por causa del abandono en que la tenían sus padres"; y a la segunda:

"Sí, pero con voluntad de la ofendida."

Apoyado en tales veredictos afirmativos, el Juez del conocimiento, en sentencia de fecha veintiocho de noviembre del año antes mencionado, previa calificación de la delincuencia en el menor grado, condenó a Jeremías Castellanos, con aplicación de los artículos 430 y 683 del Código Penal, a la pena principal de once años de presidio y a las accesorias de rigor.

Apelada tal sentencia, el Tribunal Superior respectivo, en fallo de veintitrés de febrero del año próximo pasado, la reformó en el sentido de absolver a Castellanos del cargo de corrupción, dejando en firme con respecto a él la pena de ocho años de presidio por el delito de fuerza y violencia, con aplicación del artículo 683 del Código Penal, fuera de las accesorias del caso.

Notificado al procesado el fallo de segunda instancia, interpuso oportunamente el recurso de casación, apoyándose en el inciso 3º del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, esto es, por no estar la sentencia en consonancia con la respuesta del Jurado, o sea, según dice él, "por estar la sentencia en contra del espíritu y de la letra de la respuesta del veredicto del Jurado."

Durante la tramitación del recurso, el procesado remitió oportunamente un largo memorial en el cual no dice cuál de las causales de casación alega; mas como en el que interpuso el recurso menciona el inciso 3º del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, y de todas las alegaciones que contiene ese largo escrito, se deduce que lo que él considera es que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado por ser éste absolutorio y aquélla condenatoria, puede concluírse que lo que el recurrente invoca es la causal 4ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931; y comoquiera que, a su turno, el señor Procurador, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 6º de dicha Ley, ha pedido que se case la sentencia recurrida e invoca para ello las causales 1ª y 4ª de la misma Ley, debe la Sala examinar si en realidad se ha incurrido en alguna de esas dos causales.

Alega el señor Procurador que, dada la agregación de la expresión **"pero con voluntad de la ofendida,"** que contiene el veredicto del Jurado, a pesar de haber dicho "sí," es decir, de haber afirmado la responsabilidad del acusado en todos los hechos a que se contrae la pregunta, la contestación equivale a una respuesta enfáticamente negativa, ya que, según él, si Eulalia Castro consintió espontáneamente en las solicitaciones sexuales de Jeremías Castellanos, y si es verdad, como lo demuestran las páginas del proceso, que esa niña desde sus más tiernos años era una pervertida precoz que andaba solicitando entre la peonada de su padre la misericordia de los coitos furtivos; si es evidente que esa niña había alcanzado desde muy temprano el ápice de una pubertad fisiológica que la incitaba a satisfacer las exigencias sexuales de una naturaleza ardiente y apasionada; si, en una palabra, el Jurado, convencido de esos antecedentes, afirma rotundamente que el coito del diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y uno, se verificó, si no con la satisfacción, sí con la plena voluntad de esa hembrita precoz, hay que concluír que ese mismo Jurado negó que Jeremías Castellanos la hubiera violado sorpresivamente, que la hubiera despojado de sus vestidos contra su consentimiento y que por fuerza la hubiera derribado y le hubiera abierto las piernas para consumar la violación," de donde concluye el señor Procurador, que el Jurado descartó todo elemento de violencia y que la responsabilidad que imputó a Castellanos no excede de la de un acto sexual ejecutado entre dos personas núbil y fisiológicamente capaces para la procreación.

Agrega el señor Procurador que los Jurados juzgaron como hombres y como santos, que dado el clima y el medio en que vivían la Castro y Castellanos, no se puede exigir que ellos pudieran sustraerse a las leyes naturales, y que Eulalia Castro aprendiera las artes del amor antes de la edad fijada arbitrariamente por las leyes. Luégo transcribe una parte del fallo del Tribunal que confirmó el de proceder, y en la que tal entidad, apoyándose en las declaraciones de Teodoro Díaz, Luis Rodríguez, Campo Elías Forero y Juan Navarro, llega a la conclusión de que la menor Eulalia Castro, a pesar de su temprana edad, era mujer moralmente corrompida y aficionada a los placeres sexuales. Fundado en todo esto, el señor Procurador sostiene que el veredicto está en absoluto desacuerdo con el auto de proceder y con los términos de la cuestión que al Tribunal de conciencia le fue propuesta, pues se enjuició por fuerza y violencia, y sobre esa base se redactó la pregunta, y el Jurado afirma que el coito se verificó con voluntad de la Castro, luego niega los actos de violencia y contradice el cargo formulado en el enjuiciamiento. De donde deduce también que la sentencia que condena a Castellanos por el delito de fuerza y violencia, está en desacuerdo con el veredicto del Jurado que negó esas circunstancias esenciales ellas y constitutivas del cuerpo del delito, lo que da lugar también a la 4ª causal de casación del artículo 3º de la Ley 118 ya citada.

Sostiene igualmente el señor Procurador que puesto que el artículo 683 del Código Penal, aplicado por el Tribunal, estatuye que el que abusare deshonestamente de una impúber de sexo contrario, será detenido como forzador en cualquier caso y sufrirá la pena de ocho a doce años de presidio; que el abuso de que habla tal disposición indica la idea de una violencia si no material por lo menos moral; de una coacción contra la voluntad de una persona a quien la ley supone incapaz de manifestarla, y que como el caso de Castellanos es absolutamente distinto, pues se trata de una muchacha fisiológicamente núbil, que lejos de oponerse buscaba y solicitaba los actos genésicos con todo el ardor de una naturaleza prematuramente depravada, tal abuso no pudo existir.

La Sala considera que no puede admitirse, en manera alguna, que la contestación del Jurado equivalga a una respuesta negativa, por varias razones:

La expresión **"pero con voluntad de la ofendida,"** que agregó el Jurado después de una coma (,) a la respuesta afirmativa que con toda razón dio a la pregunta referente al delito de fuerza y violencia cometido con una impúber, es ilegal, está en contradicción con el mismo veredicto, y con lo que aparece de autos, especialmente con la contestación que el mismo Jurado dio a la pregunta relacionada con el delito de corrupción, y más que todo con el dictamen pericial sobre el reconocimiento hecho en la persona de Eulalia Castro.

El artículo 48 de la Ley 169 de 1896, modificado por el artículo 4º de la Ley 1ª de 1923, pero únicamente en cuanto éste suprimió la unanimidad y la reemplazó con la mayoría de votos, determina con toda claridad y precisión la forma o manera como el Jurado debe contestar al cuestionario que le someta el Juez. "El Jurado resolverá la cuestión con las palabras "Sí" o "Nó"; pero si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas, deberá expresarlo brevemente en la contestación."

Resulta de esta disposición, sin la menor duda, que siendo así que el único caso en que la ley permite al Jurado contestar con expresiones distintas de las palabras "Sí" o "Nó," es cuando encuentra que se ha cometido un hecho criminoso con circunstancias diversas. Agregación como la que hicieron en el presente caso de la expresión ".....**, pero con voluntad de la ofendida,**" después de la palabra "Sí," es legalmente inadmisible, y, por lo mismo, el veredicto del Jurado referente al delito de fuerza y violencia, debe tenerse por simplemente afirmativo.

Por otra parte, en el supuesto de que fuera legalmente admisible la agregación del Jurado, es decir, que la ley permitiera contestaciones como la que dio en el caso que se estudia, la expresión **"pero con voluntad de la ofendida"** debería rechazarse por estar en abierta contradic-

ción con la misma respuesta afirmativa que el Jurado dio por medio de la palabra "Sí"; y esto porque el Jurado al contestar con ella en primer lugar, reconoció, aceptó y declaró que Jeremías Castellanos había ejecutado el hecho con todas las circunstancias que se expresan en la pregunta, es decir, que abusó de la menor impúber, que la sorprendió en momentos en que se encontraba sola, le quitó los calzones, la tumbó cerca del fogón y ejecutó con ella el acto carnal y la desfloró, etc., circunstancias todas que se oponen y hacen imposible que el hecho se ejecutara con voluntad de la ofendida, pues todas ellas excluyen esta voluntad.

La expresión **con voluntad de la ofendida**, está también en contradicción con la respuesta afirmativa que el mismo Jurado dio a la pregunta que le hizo relacionada con el delito de corrupción, pues si, como lo afirma el Jurado, Jeremías Castellanos ejecutó con Eulalia Castro todos los actos de corrupción de que trata la pregunta, entre otros, el de separarle las piernas y colocársele encima en ademán de ejecutar el coito, es decir, sin llegar a consumarse éste, es indudable que la voluntad de la ofendida quedó anulada, no existía, no pudo existir en el momento en que se consumó ese acto, pues las enseñanzas anteriores de los Castellanos eran de actos muy distintos y que impedían que la Castro pudiera consentir en el verdadero coito, ya que ella necesariamente desconocía ese acto, y, por lo mismo, mal podía consentir en él.

Que el coito del diez y siete de agosto, único que según los autos, ejecutaron Jeremías Castellanos y Eulalia Castro, se verificó sin el conocimiento y consecuencialmente sin el consentimiento y contra la voluntad de Eulalia Castro, resulta de varias pruebas del proceso, y principalmente del reconocimiento pericial practicado en la menor, con el cual, como se ha dicho, está en abierta contradicción la expresión "**pero con voluntad de la ofendida**," que agregó el Jurado después de la palabra "Sí."

Dice la diligencia de reconocimiento (folio 4):

"La ofendida Castro presentó dos pares de calzones, en uno de ellos encontrámos un roto en forma circular que mide aproximadamente unos seis centímetros de circunferencia y está localizado en la parte que queda enfrente de la vagina, los cuales se hayan (sic) en dicha extensión impregnados en sangre seca, y éstos son los que refiere la ofendida haber tenido puestos el día que fue forzada por Jeremías Castellanos, y el otro par lo encontrámos también impregnados (sic) en sangre fresca y que era los que tenía puestos pero sin perforación alguna. Introducido el espéculo en la vagina de dicha niña para examinar los órganos genitales internos, encontrámos el hímen perforado en toda su extensión y los colgajos sin cicatrizar, cuya perforación fue causada por la introducción de un miembro viril, hallándose dentro de los grandes y pequeños labios coágulos de sangre fresca de la que instila de dicho orificio, cuya tragedia hace que sucedió poco más o menos unas veinticuatro horas, y por lo tanto damos fe de que dicha niña sufrió un violento desgarre, por fuerza y violencia, causándole la pérdida de su virginidad, según nuestro leal saber y entender."

Si los peritos afirman que encontraron el hímen perforado en toda su extensión y los colgajos sin cicatrizar, cuya perforación fue causada por la introducción de un miembro viril,... cuya tragedia sucedió más o menos veinticuatro horas antes, y dan fe de que dicha niña **sufrió un violento desgarre, por fuerza y violencia**, causándole la pérdida de su virginidad," es claro que ella no podía consentir, ni tener voluntad en que se ejecutara ese acto que necesariamente desconocía, que le produjo un violento desgarre y que la privó de su virginidad por fuerza y violencia.

Eulalia Castro podía consentir y tener voluntad en que Jeremías Castellanos ejecutara con ella los mismos actos que había ejecutado en otras ocasiones y que seguramente le había enseñado, actos que constituían coitos imperfectos y se verificaban "en ademán de ejecutar el coito," según afirmación del Jurado; pero ella no podía consentir ni tener voluntad en que se ejecutara con ella el verdadero coito, puesto que no sabía en qué consistía éste, ni cuáles eran sus efectos; mal podía consentir en que se ejecutara con ella el violento desgarre de que hablan los peritos.

Esto mismo está demostrando que Eulalia Castro no consintió espontáneamente en las solicitaciones sexuales de Jeremías Castellanos, que ella no podía estar solicitando entre los peones de su padre la misericordia de los coitos furtivos, puesto que antes del diez y siete de agosto no había ejecutado tal acto; que lejos de aparecer que desde muy temprano había alcanzado una pubertad fisiológica que la incitara a satisfacer las exigencias sexuales de una naturaleza ardiente y apasionada, resulta todo lo contrario, pues aparece que para consumar el coito del diez y siete de agosto, fue necesario que sufriera un violento desgarre por fuerza y violencia, como lo dicen los peritos.

Y si se examinan las diversas pruebas que obran en el sumario, y a que hace referencia el señor Procurador, no se puede menos de llegar a la conclusión de que está más en lo cierto que el Tribunal, en la parte transcrita por el Procurador del auto que confirmó el de proceder, el señor Juez, cuando en tal providencia dice (folio 63 vuelto):

"Bien se comprende que por la corta edad de la niña, Jeremías y Agustín Castellanos, abusando de la confianza en ellos depositada por los padres de la Castro, poco a poco la fueron induciendo con actos preparativos a la ejecución del acto carnal, y así fue que el diez y siete de agosto del año pasado (1931), Jeremías creyó que era llegado el tiempo y con tal fin aprovecha la ocasión de que ella se encuentra sola para satisfacer de una manera completa sus apetitos carnales. Mas temeroso de las consecuencias del delito por él cometido, alecciona a la niña sobre el modo como debe responder a sus padres en caso de ser interrogada, y con tal motivo urde la novela del tronquito, y para darle visos de verosimilitud, rompe los calzones de la niña en la unión de las costuras. Pero Jeremías no contaba con la zozobra y sobresalto que produce la comisión de cualquier falta, por pequeña que ella sea, y así fue que, tanto él como la niña, al ver a Eufrosina de Castro, se turban, y esa turbación fue la causa inmediata de que se descubriera el delito."

En efecto: de las indagatorias, de las declaraciones de la ofendida, y de las declaraciones testimoniales que obran en autos, se deduce que Eulalia Castro no podía ser una niña moralmente corrompida y aficionada a los placeres sexuales que no conocía, y que si consentía en que los Castellanos ejecutaran con ella actos de corrupción y coitos incompletos, era porque ellos la habían enseñado con el objeto de que perdiera el miedo y así

no tratara de defenderse ni se opusiera en el momento de consumar el verdadero coito, como con ella lo hizo Jeremías.

La ofendida, en declaración de folio 12 vuelto y 20, dice lo siguiente:

"Es muy cierto que Jeremías y Agustín Castellanos hicieron uso carnal de mí, una sola vez cada uno, primero Jeremías, y aclaro: que tanto Jeremías Castellanos como Agustín su hermano, por varias ocasiones, y basados en la confianza que le tenían en la casa mis padres, y por ser allí la parte donde habitaban como peones de confianza, cuando éstos aprovechaban la ocasión de que yo quedaba allí sola, me cogían de una mano y me llevaban a la sala de la casa, a un cogedero de agua que hay allí cerca, o a la cocina, donde me hacían acostar y me quitaban los calzones y después de verificado esto me separaban las piernas y se me colocaban encima, donde permanecían un ratico sintiendo yo que algo extraño trataban de introducirme en la vagina, pero como no me hacían fuerza, no sentía dolor, y así se sucedieron estos actos hasta el día que por última vez Jeremías me llevó a la cocina y allí al ejecutar el acto que acostumbraba ejecutar conmigo, me hizo fuerza hasta que logró introducirme algo extraño que me produjo dolor y una hemorragia; desde esta última vez no he vuelto a ver por parte alguna a Jeremías; su hermano Agustín sí lo he vuelto a ver y se encuentra en Oritá, en casa de Otoniel Ariza. Los Castellanos cuando hacían conmigo lo que acabé de relatar, me hacían presente que esto no se lo manifestara a nadie, porque si mis padres lo llegaban a saber, me pegaban, y por este motivo, o sea por el temor de que me pegaban si lo manifestaba, era que nada me había atrevido a decir a ellos."

Sus afirmaciones hechas en esta declaración se las sostiene a los Castellanos, y es de notar que Agustín, en la diligencia de careo (folio 57 vuelto), no se atreve a negar enfáticamente los cargos que les hace la Castro, mas al preguntarle qué replica a lo aseverado por ella, dice: "Es cierto que en una o dos veces tuve con la joven aquí presente, pero esto fue por motivo a que la joven se presentaba a donde uno estaba y lo convidaba a uno a que hiciéramos eso, pero yo no le causé mal en ninguna forma; esta misma operación o acto me convidó a que hiciéramos en la casa donde ella habita, en el cogedero de agua y en la cocina...."

Qué tan ignorante sería Eulalia Castro en materias sexuales, que como se ve en su declaración, ella creía que esos coitos imperfectos o furtivos que con ella ejecutaban los Castellanos, equivalían al verdadero uso carnal, pues dice: "Es cierto que Agustín y Jeremías Castellanos hicieron uso carnal de mí unas veces el uno, otras veces el otro,..." siendo así que solamente el diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y uno fue cuando hizo uso carnal de ella Jeremías Castellanos.

María Lourdes González de Peña (folio 7), dice que desde muy pequeña conoce a Eulalia Castro, de unos diez años de edad, y que de ella jamás ha oído decir nada que sea contrario a las buenas costumbres morales, y siempre la ha visto sometida a la potestad de sus padres, quienes cuidan de ella.

Otoniel Ariza (folio 7 vuelto), dice:

"A la menor Eulalia Castro la conozco hace unos dos años de vista, trato y comunicación; desde que la conozco jamás he oído decir nada que sea contrario a la reputación de ésta respecto a su conducta moral, pues que ni siquiera tiene edad para ello, pues a lo sumo tendrá diez años; se mantiene a la potestad de sus padres, quienes velan por ella...."

En cuanto a las declaraciones de Antonio Arroyo, Teodoro Díaz, Luis Rodríguez, Campo Elías Forero, Juan Navarro y Jorge Avila, que son de las que se ha deducido que la menor Eulalia Castro, a pesar de su temprana edad, era mujer moralmente corrompida y aficionada a los placeres sexuales, es bueno examinarlas, aunque sea brevemente, para ver si en realidad llevan a esa conclusión.

Antonio Arroyo no presenció ni apreció nada; solamente refiere lo que le contó Teodoro Díaz y que éste relata a folio 30 vuelto; por lo mismo, estas dos declaraciones tienen solamente el valor de una, en conformidad con el artículo 1678 del Código Judicial, y lo afirmado por Díaz no puede darse por plenamente acreditado (artículo 1674 del Código Judicial). Tal testigo dice en lo pertinente:

"Resolví irme a asomar al cogedero de agua, a ver si allí estaba Eulalia Castro, hija de Luis, para que me sirviera el almuerzo, pero al dirigirme al cogedero de agua, junto a la quebradita, vi que Agustín Castellanos estaba allí con la hija de Luis Castro y que ésta se le prendía y colgaba a éste del cuello; me quedé mirando esto un ratico y luégo vi que la muchacha se acostó y que Agustín se le echó encima como haciendo uso carnal de ella, por lo que me volví para la casa y allí me comí lo que encontré y me retiré a seguir cuidando de la roza; con la tarde, cuando volví ese mismo día, como a las cinco, ya encontré allí al padre y a la madre quienes estaban en la cocina, la hija de Castro la vi que entró en ese momento a la alcobita que tiene la casa, detrás de ésta entró Agustín al cuarto y Jeremías se hizo en la puerta de la sala que mira a la cocina y allí se puso a hacer que tocaba música y silbaba y le daba golpes a la puerta, por lo que comprendí que estaban entre el cuarto Eulalia y Agustín fornicando y que Jeremías cuidaba en la puerta para darles aviso en caso que alguno de los padres cogiera para la sala...."

Como se ve, las afirmaciones de este testigo están en un todo acordes con las de la ofendida Eulalia Castro, cuando dice que los Castellanos hicieron uso carnal de ella varias veces, en la sala y en el cogedero de agua, creyendo la ofendida, como el testigo, que en realidad hacían uso carnal, cuando tal cosa no sucedió sino hasta el diez y siete de agosto del año dicho. De lo declarado por el testigo bien puede deducirse que, como lo asegura la Castro, fueron los Castellanos quienes le enseñaron a ejecutar esos coitos ficticios con el fin de ir acostumbrándola poco a poco; mas no que esa niña fuera la mujer corrompida y perfectamente apta para las funciones sexuales que se ha querido hacer aparecer.

Luis Rodríguez (folio 31), dice que a Eulalia le gusta jugar mucho con los hombres cuando los padres no la están viendo, pero que no le consta que esta joven acostumbre a convidarlos a que ejecuten con ella actos carnales.

Campo Elías Forero (folio 32), dice que cuando sus padres no estaban en casa, a Eulalia le gustaba mucho jugar con algunos trabajadores, y con Jeremías se chanceaba y lo molestaba mucho en juego, y lo mismo con el declarante, pero que él no le hizo caso.

Juan Navarro (folio 43), afirma que ha oído decir que Eulalia Castro observa mala conducta.

Este último testigo declara sobre palabras y de una manera tan vaga, que en realidad su declaración no tiene valor alguno (artículo 1616 del Código Judicial), y los dos anteriores hablan de juegos muy propios de una niña de la edad que entonces tenía la Castro—menos de diez años—y que más bien indican la falta de malicia en ella; pero en manera alguna pueden llevar al convencimiento de que tal niña era ya mujer moralmente corrompida y aficionada a los placeres sexuales, que, como se ha dicho y repetido, no los conocía ni podía conocerlos.

Queda la declaración de Jorge Avila, quien a folio 44 afirma que le consta que Eulalia Castro era muy enamorada, "porque en mi presencia dijo una vez que ella era novia de Jeremías Castellanos, que lo quería mucho," y porque un muchacho cuñado suyo, de nombre Maximiliano Melo, le contó o refirió que Eulalia Castro, una o varias veces que iba a trabajar a la finca del padre de ésta, Luis Castro, la dicha Eulalia dizque lo convidaba cuando estaba sola en la casa a que entrara a la cocina, y que luégo que entraba, ésta le cerraba la puerta y le buscaba juego, y luégo Melo de algún modo lograba salir para que la muchacha no lo obligara a que hiciera uso de ella."

Basta tener en cuenta las razones en que tal testigo funda su afirmación de que Eulalia es muy enamorada; la primera, porque dijo que era novia de Castellanos y que lo quería mucho; y la segunda, porque otro le contó que tal niña lo quería obligar a hacer con ella una cosa que ella misma no podía saber cómo era, según el reconocimiento pericial, para comprender que es hasta pueril querer tomar por fundamento tal declaración, dando por sentado que Eulalia Castro era la que buscaba a los hombres para que hicieran uso carnal de ella.

Queda, pues, establecido que la expresión **"pero con voluntad de la ofendida,"** que agregó el Jurado después de la palabra **"Sí,"** es inadmisible por disposición de la ley, por ser contradictoria con las mismas respuestas del Jurado, y por estar completamente en desacuerdo con lo que aparece de autos; de tal manera que, si en realidad, en virtud de ella, el veredicto fuera negativo, es seguro que el Juez o el Tribunal se hubieran visto en el caso de declararlo notoriamente injusto.

El veredicto que contestó al cuestionario referente a Jeremías Castellanos, y al delito de fuerza y violencia, es, pues, simplemente afirmativo.

Debe ahora examinarse si la sentencia que en virtud de ese veredicto aplicó el artículo 683 del Código Penal y condenó a Castellanos a la pena de ocho años de presidio, es casable por alguna de las causales invocadas.

Tales causales son la 1ª y la 4ª de la Ley 118 de 1931, artículo 3º

La 1ª consiste en ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta, o por indebida aplicación de la misma.

Como se ha visto, el Jurado contestó afirmativamente el cuestionario que se le sometió, y según el cual Jeremías Castellanos abusó deshonestamente de una impúber de sexo contrario, lo que coloca al procesado en el caso del artículo 683 del Código Penal, según el cual "debe ser tenido por forzador en cualquier caso, y sufrirá la pena de ocho a diez años de presidio." Y como tal pena en grado mínimo fue la que se le impuso, la sentencia en manera alguna es ni puede ser violatoria de la ley penal.

La 4ª causal consiste en "no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado."

El Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en auto de fecha veintidós de junio de mil novecientos treinta y dos, abrió causa criminal por los trámites en que interviene el Jurado, contra Jeremías Castellanos, mayor de edad y vecino del Municipio de Mariquita, por el delito de fuerza y violencia cometido en la menor impúber Eulalia Castro, en la fecha, lugar y modo indicados en la parte motiva de la misma providencia, de acuerdo en un todo con lo cual se redactó el cuestionario que se sometió al Jurado. Y como éste contestó afirmativamente, mal se puede decir que la sentencia que impuso la pena correspondiente no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y ella tampoco está, ni puede estarlo, en desacuerdo con el veredicto del Jurado, puesto que aplicó la disposición penal que corresponde, dado ese veredicto afirmativo.

No está por demás hacer presente aquí, que fuera de no ser del todo exacto que el abuso de que habla el artículo 683 del Código Penal, implique la idea de una violencia, si no material, por lo menos moral, pues como puede verse si se examina el artículo 678 del Código Penal, se puede llegar a la conclusión de que el Código toma la palabra **abuso** por uso carnal, ya que tal artículo exige, además, que sea contra la voluntad de la ofendida; en el presente caso, del dictamen de los peritos resulta indubitablemente que hubo una violencia material, y de todo el proceso se desprende que también concurrió una violencia moral, consistente en el engaño en que los Castellanos mantenían a la Castro enseñándole a ejecutar actos repetidos de coitos ficticios o incompletos, con el fin de que perdiera el miedo y no se opusiera cuando llegara el momento oportuno y que fue el día en que Jeremías Castellanos consumó el delito.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo recurrido.

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

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Remigio González G. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Ignacio González Torres en el fallo anterior.

Salvo mi voto en el fallo anterior por las razones siguientes:

El artículo 683 del Código Penal dice lo siguiente:

"Artículo 683. El que abusare deshonestamente de un impúber de sexo contrario, será detenido (tenido) por forzador en cualquier caso, y sufrirá la pena de ocho a diez años de presidio."

La Sala ha dicho ya en algún otro fallo—el de Ricardo Sánchez, por fuerza y violencia en la persona de la menor impúber María Sánchez,—que la presunción esta-

blecida en el artículo transcrito es una presunción de derecho, conforme a la cual, demostrada la impubertad de la persona de quien deshonestamente se ha abusado, es decir, previa la plena comprobación del abuso, el responsable debe ser considerado como forzador.

Ahora bien: las fórmulas del derecho positivo no obedecen a una creación arbitraria del legislador, porque éste no crea el derecho sino que se limita a declararlo, ya que el derecho tiene una causalidad, un fundamento esencial mucho más profundo, integrado generalmente por múltiples y diversos factores de orden moral, físico, sociológico, psíquico, etc. Es por esto por lo que la ley escrita no pretende resguardarse a sí misma, sino que tiene por finalidad primordial proteger el derecho en sus diversas manifestaciones. De ahí que la aplicación por parte del juzgador de la ley positiva, tenga como base fundamental el derecho que ella misma entraña, lo que constituye, propiamente hablando, el criterio, criterio no mecánico e inerte, sino vivo y real, que debe informar la mente del juzgador. Tal criterio no puede ser otro que el mismo que tuvo el legislador al expedir la norma, o sea el de la realidad en sus diversas formas, que constituyen el derecho, y que, evidenciándolo en sí mismo, dan lugar a que se conciba y expida de acuerdo con él, la fórmula legal.

Los anteriores principios, perfunctoriamente expuestos, sirven para penetrar el alcance e inquirir la recta aplicación del precitado artículo 683.

En efecto: ¿será suficiente que un hombre haga **uso** de una impúber para que se le pueda aplicar la sanción señalada por la disposición en referencia? Debe contestarse negativamente esta pregunta, por las razones que pasan a exponerse.

Ya se ha visto que el legislador emplea la palabra **abuso**, "..... que abusare .....," dice, en lugar del término **uso**. Y esta diferencia entre los verbos **abusar** y **usar**, no es meramente gramatical, sino que tiene, como es obvio, una significación más honda, pues corresponde o debe corresponder, al menos, a un concepto real científico y justiciero. De ahí que en otras disposiciones de la misma ley penal sustantiva, tales como las de los artículos 676, 715, 716, 718, hable igualmente el legislador del **abuso** y no del **uso**, lo que está indicando claramente su criterio al respecto, criterio que se refiere al consentimiento engañado por parte de la víctima, o mejor aún, a la falta del consentimiento, porque hubo circunstancias especiales que invalidaron de una o de otra manera ese consentimiento, el que en realidad, para los casos de los artículos citados, no existió.

¿Pero podrá decirse que en el caso de la menor de autos, es decir, de Eulalia Castro, existió el consentimiento, esto es, la uniformidad de voluntades en el motivo y en los fines, tanto por parte de ella como por parte de Jeremías Castellanos? Es decir, ¿podrá decirse que la respuesta del Jurado al expresar: "Sí, pero con voluntad de la ofendida," cambió el **abuso** a que se refiere el artículo 683 del Código Penal por el **uso**, que no contempla tal disposición, ni ninguna otra en el particular, y que, por lo mismo, hace que el hecho en cuestión no se halle penalmente sancionado? No hay duda que las preguntas anteriores pueden responderse afirmativamente.

Porque es evidente, ante todo, que el veredicto del Jurado en esta causa niega, como dice el señor Procurador, los actos de violencia a que se refiere la cuestión propuesta por el Juez a quo. Y como esos actos son los que constituyen la fuerza contra la menor, el anulamiento de su voluntad y las características mismas del hecho delictuoso, no se puede desconocer que, invalidados ellos implícitamente por el veredicto, éste no se puede considerar como afirmativo de una responsabilidad que netamente, dentro de la realidad, no existe.

Según lo expresa también el señor Procurador, en el informativo hay clara constancia de la precocidad sexual de la supuesta ofendida, de sus frecuentes incitaciones a varios hombres para la ejecución del acto carnal, luego no se puede decir que el veredicto sea injusto por este aspecto.

Pero se dirá acaso que el artículo 683 se refiere precisamente a la circunstancia de que, siendo impúber la menor, y por lo mismo menor de doce años, se presume que no ha podido haber consentimiento, que ha faltado capacidad para poder darlo, y que esa es, cabalmente, la base de la presunción establecida.

Pues bien: la impubertad a que se refiere la ley tiene, por fuerza, que referirse a la edad que podría llamarse vital o cronológica, es decir, al lapso o período de tiempo transcurrido desde la fecha de su nacimiento. En manera alguna podría referirse a la edad sexual, o sea a la capacidad para los actos de la vida sexual. Es un hecho científicamente comprobado hoy día, que estas dos edades, la sexual y la vital o cronológica, no coinciden siempre. Por el contrario, casos hay en que se patentizan los procesos sexuales, así como también los retardados sexuales. Igual fenómeno se observa en la pérdida de la capacidad sexual, que en algunas personas es precoz y en otras va mucho más allá de la época normal. Tales casos son, naturalmente desde luégo, de verdadera excepción. Pero que ellos existen, es cosa que no puede remitirse a duda, y que no necesita de previa demostración. Los unos, es decir, aquellos en que coinciden y van a la par entrambas edades, constituyen la norma general; los otros, aquellos en que la precocidad sexual —para aludir sólo al caso de autos—es manifiesta, se caracterizan como verdadera excepción.

Ahora bien: la presunción del artículo 683, tántas veces citado, no puede tener otras bases que las de lo normal y general, es decir, que ella se refiere a la generalidad de los casos. Tal presunción no puede tener sino esta significación: que considerados los elementos constitutivos de un determinado fenómeno, debe llegarse a la conclusión de que él ha de acaecer en la forma señalada. En esta virtud, los legisladores de 1890, que expidieron el actual Código Penal, consideraron como uniformes y correspondientes, es decir, como que coincidían completamente, la edad vital o cronológica y la edad sexual en la mujer. Estimaron que una mujer impúber no tenía lo que podría llamarse la personería sexual. Pero la ciencia ha indicado y comprobado que en casos excepcionales sucede lo contrario, es decir, que una mujer antes de llegar a la edad de doce años, tenga por precocidad o por cualquier otra causa capacidad sexual suficiente. Para tales casos, es obvio, la presunción del artículo 683 del Código no puede tenerse en cuenta, puesto que el legislador no los abarcó, su criterio no se encaminó hacia ellos, y por lo mismo, el criterio del juzgador tampoco puede englobarse dentro de tal disposición. No resultaría justo, humano y científico, aplicar a casos no contemplados o considerados por la ley, normas prescritas para otros fenómenos. Una mujer de menor edad vital o cronológica, puede, por caso excepcional, alcanzar una

edad sexual de mujer púber, y dar su consentimiento para el acto carnal, consentimiento que arranca, no de su edad vital o cronológica, sino de su propia precocidad, desde el punto de vista de su desarrollo y de sus inclinaciones sexuales, es decir, de su propia edad sexual.

Tal es el caso de este proceso, según se ha dicho; el desarrollo sexual de Eulalia Castro dio margen para que ejercitara el acto carnal con Jeremías Castellanos. Este no fue a la realización de tal acto contra la voluntad de la menor, sino que, por el contrario, las constancias del informativo ponen claramente de relieve la precocidad sexual de aquélla, hasta el punto de que en varias ocasiones llegó a convidar para la cohabitación.

Siendo esto así, como lo es, es indudable que existen las causales invocadas por el señor Procurador, o sean estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y como consecuencia de ello, haberse violado la ley penal sustantiva por indebida aplicación de la misma. Ha debido, pues, invalidarse el fallo recurrido, de conformidad con tales causales.

Bogotá, marzo 2 de 1934.

Ignacio González Torres

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, enero veintitrés de mil novecientos treinta y cuatro.

Dos solicitudes hay por resolver en los presentes juicios acumulados del Seminario Conciliar de San José, de la Arquidiócesis de Bogotá y la Compañía de Jesús contra la Nación. La una del señor apoderado de la entidad primeramente mencionada, encaminada a obtener el reemplazo del perito tercero doctor Adalberto Vergara y Vergara, a causa de haber rendido importunamente su concepto en sentir de dicho apoderado. Este pedimento ha sido coadyuvado por el señor Procurador General, en su carácter de representante de la parte demandada.

La otra petición aparece suscrita por el nombrado perito doctor Vergara, y tiene por objeto el que se le conceda plazo hasta el diez y nueve del presente para presentar su dictamen, petición que ha sido reformada por otra posterior, en que el mismo perito solicita se amplíe dicho plazo hasta el veinte de enero próximo.

I

En orden al primero de los indicados pedimentos, se considera:

Se funda éste en el hecho de haber presentado el perito tercero su concepto con anterioridad al del perito principal, doctor Ossa, ya que el primero de estos conceptos fue aducido a los autos el doce del mes en curso, y el segundo, el día trece del mismo mes. De allí deduce el señor apoderado del Seminario Conciliar que el perito tercero ha incurrido en la sanción establecida en el inciso del artículo 717 del Código Judicial, por haber presentado extemporáneamente su dictamen.

Ante todo conviene advertir que son dos los dictámenes periciales pedidos en esta instancia del juicio: uno por el Seminario Conciliar de Bogotá, y otro por la Compañía de Jesús. En orden al primero de éstos no se presenta dificultad alguna, por cuanto los dos peritos principales rindieron separadamente sus conceptos, y el perito tercero no ha rendido todavía el suyo.

En cuanto al dictamen solicitado por la Compañía de Jesús, los hechos han ocurrido de la siguiente manera, según la relación que de ellos hacen acordemente los peritos doctores Vergara y Ossa, y lo que aparece de autos:

Los dos peritos principales procedieron en asocio del tercero a hacer un estudio detenido de las diferentes cuestiones que le fueron sometidas, así como de los libros y documentos a que el cuestionario se refiere, de los puntos a que se contraen las constancias dejadas por las partes en las diligencias de inspección ocular practicadas, de las piezas que los interesados han pedido que se tengan como prueba y de los demás documentos que los peritos consideraron conveniente consultar. Terminado ese estudio colectivo, procedieron en común a poner por escrito el resultado de su trabajo, empezando por hacer una transcripción de los documentos que habían tomado en consideración. Y como las conclusiones a que llegaron los dos peritos principales fueron diversas, una vez terminada la indicada transcripción, cada uno de dichos peritos extendió separadamente sus conclusiones, así como las respuestas a los puntos que habían sido sometidos a su concepto. A continuación hizo igual cosa el perito tercero, cuyo concepto comprende todos los puntos del cuestionario propuesto a los peritos. En poder del mismo quedaron los dictámenes de todos los peritos, ya firmados por ellos.

Pocos días antes de vencerse el término concedido a los peritos para rendir sus dictámenes, el doctor Ossa, después de solicitar del doctor Vergara que le permitiera revisar su dictamen, retiró del legajo respectivo una hoja que contenía la primera parte de sus conclusiones, manifestándole al doctor Vergara que necesitaba modificarlas.

Este último, sin esperar la anunciada reforma del doctor Ossa, presentó los conceptos periciales, reemplazando la hoja retirada por el doctor Ossa con una copia tomada de otra que el expresado perito conservaba en su poder, y poniendo al pie de los dictámenes una nota explicativa de lo ocurrido, en la cual manifiesta que procede en la forma expresada, por estar para vencerse el término de presentación de dictámenes, y por tener que ocuparse en el concepto solicitado por el señor apoderado del Seminario.

Al día siguiente de dicha presentación (trece de diciembre), adujo el señor doctor Ossa ante la Corte su dictamen, en el cual se dan por reproducidas todas las citas e inserciones contenidas en el dictamen colectivo. En esa pieza se encuentran los siguientes conceptos, que conviene traer a la vista para apreciar el alcance de la reforma introducida por el señor doctor Ossa a su primitiva exposición pericial:

"El dictamen, lo que es propiamente el dictamen, esto es, la respuesta categórica a cada pregunta del cuestionario, no ha variado un punto del que en poder del perito tercero en esta instancia, doctor Vergara, había dejado el suscrito, mientras llegaba el momento de presentarlo él (el suscrito), como la expresión exacta de su concepto ante usted. Mientras esa presentación no se efectuara por el suscrito, lo expuesto ahí era modificable, esencialmente modificable en todas sus partes.....

"Copio, pues, en seguida, mi dictamen sin variación alguna, ni en una coma, exactamente igual al que, como respuestas al cuestionario de los Reverendos Padres Jesuítas en esta segunda instancia, le presenté al señor perito tercero. Las modificaciones no han sido en el

concepto o dictamen propiamente, o sea en las respuestas, sino simplemente en el proceso para llegar a ellas. Y, por cierto, que toda la modificación que en esa parte, con toda razón y todo derecho, le hago a tal proceso, estriba, puede decirse, que únicamente en una palabra de lo expresado en aquel proceso o concatenación de consideraciones o considerandos."

Por el relato y la transcripción que preceden, se ve que los peritos dieron cumplimiento a la primera parte del artículo 716 del Código Judicial, en cuanto preceptúa que "los peritos proceden a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos, deliberan juntos sobre tales cuestiones, y luégo extienden el dictamen en una sola declaración, si están de acuerdo, y de nó, por separado....."

Igualmente aparece que se dio cumplimiento a la segunda parte del mismo artículo, en cuanto dispone que el perito tercero debe emitir su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales; pues habiendo dicho perito rendido dictamen sobre todos los puntos del cuestionario respectivo, es indudable que dio concepto sobre los puntos de discordancia de los peritos, doctores Ossa y Perilla. Lo que ocurre es que ha emitido parecer no sólo sobre los puntos de desacuerdo entre los principales, sino también sobre otros, en que no mediaba tal desacuerdo. Mas a este respecto cabe dar aplicación al aforismo, según el cual "en derecho lo útil no se vicia por lo inútil."

No se opone a la anterior conclusión la circunstancia de que el señor doctor Ossa hubiera modificado su concepto con posterioridad a la presentación del dictamen del perito tercero, porque de una parte tal modificación, según la propia declaración del doctor Ossa, estriba tan sólo en una palabra de los considerandos de aquel trabajo, habiendo quedado las respuestas al cuestionario tal como se encontraban en el primitivo dictamen de este perito, porque habiendo, además, los tres peritos estudiado y discutido juntos todas las materias del respectivo cuestionario, los puntos de discrepancia entre los peritos principales eran suficientemente conocidos del perito tercero al rendir éste su dictamen, y porque si en definitiva el concepto del perito tercero adolecía de oscuridad o deficiencia, oportunidad les brindaba la ley a las partes para pedir la explicación, la aclaración o la ampliación que sean necesarias.

En cuanto la aplicación que se solicita del artículo 717 del Código Judicial, conviene recordar los términos precisos de dicha disposición para así penetrar mejor en su verdadero sentido y alcance. El tenor de ella es como sigue:

"Los peritos presentan su dictamen dentro del término que se les señale, el cual, a petición de cualquiera de las partes o de los mismos peritos, puede ser prorrogado prudencialmente por justa causa.

"Si no presentan su exposición oportunamente, se les reemplaza, sin perjuicio de aplicarles las sanciones correspondientes a su falta, y de que el Juez tome las medidas necesarias a fin de que la prueba se practique en tiempo debido para que se considere en el fallo."

El señor apoderado del Seminario considera que el solo hecho de haber el perito tercero presentado en la Secretaría de la Corte su dictamen antes de que el doctor Ossa le hubiera introducido al suyo las reformas que tenía derecho a hacerle, implica que tal presentación fue importuna, porque debiendo el perito tercero dictaminar sobre los puntos de desacuerdo entre los principales, es preciso que dicho perito conozca los dictámenes de estos últimos al rendir el suyo, a fin de que sepa sobre qué puntos le corresponde dar concepto.

De donde deduce que el citado perito incurrió en la sanción que establece el segundo miembro de la disposición transcrita.

No comparte el suscrito Magistrado este concepto, por las siguientes razones:

a) Porque habiendo los tres peritos estudiado y discutido juntos todas las cuestiones a ellos sometidas, antes de proceder a poner por escrito sus conceptos, es indudable que los puntos de desacuerdo entre los peritos principales eran conocidos del perito tercero desde antes de proceder éste a rendir su dictamen.

b) Porque habiendo consistido en la variación de una sola palabra de los considerandos la modificación introducida por el señor doctor Ossa a su dictamen, según la propia declaración de éste, tal modificación no trae consigo un cambio tan fundamental en dicho dictamen, que implique el desconocimiento de éste por parte del doctor Vergara al rendir su concepto.

c) Porque el hecho de ser el segundo miembro del artículo 717 del Código Judicial, un inciso del mismo artículo, hace que la no presentación oportuna de que habla ese inciso se refiera a los casos de inoportunidad, contemplados en el primer miembro de la disposición, esto es, a aquellos en que los expertos no presenten su dictamen dentro del término que se les haya señalado, y, por tanto, la sanción establecida en el prenotado inciso no tiene aplicación sino en aquellos casos, ya que las disposiciones de carácter penal, como lo es la del sobredicho inciso, son de interpretación restrictiva, conforme a conocidas reglas de hermenéutica.

Conclúyese de lo anterior, que no es el caso de efectuar el reemplazo de perito solicitado por el señor apoderado del Seminario.

II

La petición del perito doctor Vergara, encaminada a que se le conceda término para presentar su dictamen en la prueba pericial, solicitada por el Seminario, es fundada, por cuanto la circunstancia de tener que dictaminar dicho perito sobre los puntos de desacuerdo entre los principales, hace que tenga necesidad, y consiguientemente derecho, de que se le otorgue un plazo para dar su dictamen, a contar de la presentación de las exposiciones de los peritos principales, ya que, por otra parte, no aparece que dicho perito tercero haya conocido los conceptos de aquellos peritos con anterioridad a la presentación de los mismos.

En razón de lo expuesto, se resuelve:

No es el caso de reemplazar al perito tercero, doctor Adalberto Vergara y Vergara en la prueba pericial solicitada por la Compañía de Jesús.

Concédese término al mismo perito hasta la reapertura de los Tribunales después de las vacaciones, o sea hasta el veintidós del mes en curso, para presentar su dictamen en la prueba de peritos solicitada por el Seminario Conciliar de San José, de la Arquidiócesis de Bogotá.

Notifíquese y cópiese. Publíquese en la **Gaceta Judicial.**

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Luis A. Amado,** Oficial Mayor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero cinco de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En el juicio ordinario que la Sociedad denominada **Electro Entreprise** sigue contra la Nación en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para el cobro de perjuicios por el retardo del Gobierno Nacional en la perfección de un contrato suscrito entre dicha Sociedad y el Ministerio de Correos y Telégrafos, el Fiscal del Tribunal, como representante de la Nación, pidió se declarara nulo lo actuado, alegando como causales la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de la personería del demandante.

Por auto de fecha veinte de octubre del año próximo pasado, el Tribunal falló la articulación, negando las peticiones del Agente del Ministerio Público, y apelado este auto, ha subido el expediente ante esta Sala de la Corte, en donde, previa la tramitación correspondiente, se procede a decidir del mérito del recurso interpuesto.

Las razones que tuvo el Tribunal sentenciador para decidir la articulación en el sentido en que lo hizo, fueron las siguientes:

"El Tribunal estimó, al admitir la demanda, que a él corresponde su conocimiento, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 76 del Código Judicial, que atribuye a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento, en primera instancia, 'de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40'; excepción esta última que se refiere a 'todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos.'

"De otro lado, a juicio del señor Fiscal, las acciones deducidas en la demanda con que se inició este juicio no están comprendidas en la disposición copiada, pues las relaciones jurídicas a que ellas se refieren constituyen 'más bien es un recurso contra los efectos de una actuación administrativa, es decir, la demanda se contrae a una cuestión de derecho público, en su rama administrativa, cuestión cuyo conocimiento compete a la jurisdicción contencioso administrativa.'

"Se tramitó el incidente, y para resolverlo, se considera:

"Las peticiones de la demanda son éstas:

'Primera. Que la Sociedad demandante Electro Entreprise adquirió el derecho de celebrar hasta su perfeccionamiento con el Gobierno Nacional, un contrato de construcción de la red de comunicaciones telefónicas, ordenada por la Ley 54 de 1927, y prevista en el 'pliego de cargos' y sus 'anexos,' expedidos y promulgados por el Ministerio de Correos y Telégrafos, con fecha diez de febrero de mil novecientos veintiocho, y para el suministro general del material necesario para dicha construcción.

'Segunda. Que con posterioridad a la licitación y a la adjudicación en favor de la Electro Entreprise de la red de comunicaciones telefónicas, de que trata la Ley 54, el 'pliego de cargos' y 'anexos,' citados en la petición anterior, el Gobierno Nacional no pudo legalmente, y sin ocasionar perjuicios a dicha Sociedad adjudicataria de la licitación, celebrar contratos de servicios telefónicos interdepartamentales con terceros o personas distintas de la Electro Entreprise, teniendo por objeto esos contratos el total o parte de la red de comunicaciones telefónicas licitada y adjudicada a la expresada Sociedad Electro Entreprise.

'Tercera. Que la Nación está obligada a reconocerle a la Sociedad demandante Electro Entreprise, y a pagarle a ésta, en el tiempo que se fije en la sentencia, los perjuicios que le ha ocasionado por haberle desconocido el Gobierno Nacional sus derechos como adjudicataria de la licitación para la construcción, con suministro general del material necesario, de la red de comunicaciones telefónicas de que tratan la Ley 54 de 1927 y el 'pliego de cargos' y 'anexos,' indicados en la petición primera de esta demanda, y por haberse colocado, a virtud de actos jurídicos del mismo Gobierno, como son los contratos sobre servicios telefónicos interdepartamentales, celebrados con personas distintas de la Electro Entreprise, y que ocuparon la dirección de parte muy principal de la red licitada y adjudicada, en imposibilidad de perfeccionar con dicha Sociedad el contrato objeto de la licitación que le fue adjudicada, o por no haberlo celebrado hasta su perfeccionamiento con ella. Tales perjuicios son los compensatorios o comprensivos del daño emergente y el lucro cesante, en la cuantía que se determine en este juicio.

'En subsidio de las tres peticiones anteriores, y principalmente de la tercera de ellas, pido que se declare lo siguiente:

'Cuarta. Que la Nación está obligada a reconocerle a la Sociedad demandante Electro Entreprise, y a pagarle a ésta, en el tiempo que se fije en la sentencia, los perjuicios que le ha causado por el retardo del Gobierno Nacional en tomar la determinación de no perfeccionar el contrato suscrito entre ella y el Ministro de Correos y Telégrafos, por abuso en el derecho que hubiere tenido de no perfeccionarlo, abuso que consiste en haber retardado el ejercicio de ese derecho con perjuicio para la Sociedad Electro Entreprise. La cuantía de estos perjuicios se determinará en este mismo juicio.'

"En los hechos se expresa que el Gobierno Nacional abrió una licitación internacional para contratar la construcción de una red de comunicaciones telefónicas, y para el suministro de los materiales necesarios para la construcción; que el mismo Gobierno expidió y publicó un pliego de cargos con anexos, para que sirviera de base o fundamento a la licitación; que la Sociedad demandante concurrió a la licitación e hizo propuesta en tiempo oportuno; que la licitación quedó cerrada el diez y seis de agosto de mil novecientos veintiocho; que a la Sociedad demandante se comunicó por medio de oficio que había sido preferida su propuesta, y se invitó a esta Sociedad para discutir las bases de la negociación definitiva y para que presentara la póliza de contrato; que entre la misma Sociedad y el Ministro de Correos y Telégrafos se firmó el contrato respectivo; que durante algunos incidentes que relata la demanda, previos a la aprobación del contrato por el Presidente de la República, y relacionados con el concepto que sobre el mismo contrato debía dar el Consejo de Ministros, el Gobierno Nacional celebró con personas distintas de la Electro Entreprise contratos sobre servicios interdepartamentales, que cubrían parte de las líneas que fueron previstas en

el pliego de cargos, base de la licitación adjudicada a dicha Sociedad, y la mayor parte de la red; que por virtud de los contratos celebrados por el Gobierno con terceros sobre parte de lo que fue objeto de la licitación, el contrato que debía celebrarse con la Sociedad demandante quedó sin causa administrativa, y se violó la Ley 54 de 1927, y que al proceder así, el Gobierno desconoció el derecho que tenía la Electro Entreprise de celebrar hasta su perfeccionamiento el contrato, de conformidad con el pliego de cargos y anexos, y, además, incurrió en retardo, al tomar la determinación de aplazar, y después de rechazar el contrato suscrito entre la Compañía y el Ministro de Correos y Telégrafos, faltando a la diligencia con que tiene que obrar siempre la Administración; y que la Sociedad nombrada tuvo que hacer cuantiosos gastos para concurrir a la licitación, y posteriormente, para colocarse en condiciones económicas y técnicas que le permitieran cumplir el contrato.

"Entiende el articulante que la demanda se dirige a obtener la revisión de varios actos del Gobierno, como violatorios de la Ley 54 de 1927 y de los principios de derecho administrativo y de derecho internacional. Si ello fuera así, no habría duda de que este Tribunal sería incompetente para conocer del presente negocio, porque el conocimiento de demandas, como la indicada, corresponde a las autoridades de lo contencioso administrativo; pero basta leer la demanda, la cual quedó sintetizada arriba, para concluír, sin lugar a duda, que en ella no se trata de eso. Se dirige a que se declaren derechos a favor de la Sociedad demandante, y obligaciones correlativas de aquellos derechos a cargo de la Nación, todo ello como consecuencia de una actuación administrativa.

"Esa actuación que, según la demanda, tendió a la celebración de un contrato de obras o servicios públicos, o mejor dicho, a la licitación que, según la legislación fiscal, debe preceder a la celebración de tal contrato, es de carácter administrativo. Los actos del Gobierno, en lo que se refiere a la licitación de que se trata, no pueden ser juzgados por el Poder Judicial; puede pedirse su anulación ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; pero, como lo dijo el Consejo de Estado en sentencia de 9 de abril del corriente año, 'la nulidad decretada adminstrativamente no comprende ni puede comprender el reconocimiento o declaración de indemnización de perjuicios causados o que hayan podido causarse por el acto anulado, debiendo seguirse en todo caso el juicio o juicios respectivos ante las autoridades ordinarias para hacer efectiva esa indemnización en los casos en que hubiere lugar a ella, conforme a las leyes.....'

"Administrativamente podrá, pues, demandarse la nulidad de los actos ejecutados por el Gobierno en la licitación de un contrato como el mencionado; pero si lo que se pretende es que se declaren obligaciones a cargo del Estado, como consecuencia de esos actos, entonces se tiene, de un lado, que la legislación del país no atribuye a la autoridad contencioso administrativa el conocimiento de ese negocio; y de otro, que éste se refiere a cuestiones de derecho privado, atribuídas a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial por el numeral 1° del artículo 76 del Código Judicial.

"Ha dicho la Corte Suprema de Justicia en varios fallos que 'no puede negarse que hay actos administrativos que crean derechos privados, los cuales en su eficacia y ejercicio quedan sujetos al concepto general que domina el derecho común.....'; y que los actos de esa índole, a que se refieren los hechos de la demanda, constituyan o nó responsable a la Nación de las prestaciones que la misma contiene, es cuestión que sólo puede ser definida en la sentencia definitiva. Aquí sólo procede determinar el objeto del litigio, y con tal punto se relacionan los siguientes conceptos de la misma Corte, expresados en sentencia de diez y ocho de julio último:

'De suerte que no es el criterio de la procedencia del derecho lo que simplemente determina su naturaleza, sino la calidad del sujeto activo del mismo, si individuo particular, tendrá un derecho privado, y si el obligado es el Estado, desde ese punto de vista será privada la obligación que le compete.

'Y no obsta que el derecho haya nacido de un acto administrativo porque, precisamente,—como lo dice el fallo que antecede—la ley, según el propio Código Civil, es generadora de derechos y obligaciones.....'

"Con lo expuesto queda demostrado, a juicio de la Sala, que sí es competente el Tribunal para conocer del presente negocio.

"La otra causal alegada consiste en 'que no es legítima la personería de la sociedad comercial extranjera que ha figurado como demandante, ni la de quien la representa'; y se funda en que 'no se ha acreditado dicha personería en la forma legal, que lo es la estatuída en los artículos 1° a 6° del Decreto legislativo número 2 de 1906 y 37 a 39 de la Ley 40 de 1907.'

"Estas últimas disposiciones no se refieren a las sociedades anónimas, como lo dice expresamente el artículo 37 citado.

"Con la demanda se presentó una copia de la escritura número 508, del diez y seis de marzo de mil novecientos treinta y uno, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó el poder general que por escritura número 125, otorgada ante el Cónsul General de Colombia en París, con fecha diez de noviembre de mil novecientos treinta, otorgó a Pierre D'Heronville, Leon Mascart, en su calidad de Presidente del Consejo Administrativo y de Director General de la Electro Entreprise, sociedad anónima, domiciliada en París, poder que está debidamente autenticado y registrado.

"En el término probatorio del juicio adujo como prueba la parte demandante, un ejemplar autenticado del **Diario Oficial** número 21761, del 11 de agosto de 1931, en el cual se halla publicada la Resolución número 7 de 1931, por la cual se declaran 'cumplidas por parte de la Sociedad denominada Electro Entreprise, domiciliada en París, Francia, las formalidades legales de que tratan los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, en relación con su establecimiento, con carácter permanente en el país, y el nombramiento de apoderados que la representen en Colombia, en las personas de los señores Pierre D'Heronville y Maurice Declume.'

"Finalmente, en el término probatorio del presente incidente, la misma parte demandante adujo como pruebas los siguientes documentos:

"a) Copia registrada de la escritura número 775, del veintinueve de abril de mil novecientos treinta y uno, otorgada en la misma Notaría 4ª, por medio de la cual se protocolizaron los estatutos de la citada Sociedad Electro Entreprise.

"b) Copia registrada de la escritura número 797, otorgada en la misma Notaría con fecha cuatro de marzo de mil novecientos treinta y uno, por medio de la cual se protocolizaron, entre otros, los siguientes documentos:

"1º Extracto del acta de la sesión de la Junta Directiva de L'Electro Entreprise, de fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos veintiséis, en la cual junta nombró Vocal al señor León Mascart, y le confirió las funciones de Presidente, 'las que juntará a las del Director General,' señalando entre las facultades que le fijó la junta, la de 'representar a la Sociedad ante el Poder Judicial, ya como demandante, ya como demandada.....'

"2º Extracto del acta de la sesión celebrada por la Junta Directiva de L'Electro Entreprise, con fecha doce de noviembre de mil novecientos treinta, en la cual se resolvió otorgar al señor D'Heronville plenos poderes para llenar las formalidades necesarias para el establecimiento formal de la Sociedad conforme a las leyes colombianas, etc.; y

"3º Extracto del acta de la sesión celebrada por la misma Junta Directiva, con fecha veintidós de octubre de mil novecientos treinta, en la cual se resolvió autorizar al 'Presidente el señor Mascart a delegar sus facultades en el señor D'Heronville, para la misión que se le ha encomendado a éste en Colombia.'

"c) Copia expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá, de la cual aparece que fueron registrados allí tanto el extracto de la escritura número 797, como el de la número 508, ya citadas; y

"d) Ejemplares autenticados de los números 4721, 4722 y 4723 de la **Gaceta de Cundinamarca,** de fechas 15, 16 y 18 de mayo de 1931, y del número 21687 del **Diario Oficial,** de fecha 12 del mismo mes, en los cuales consta que fueron publicados los extractos de las escrituras números 775, 797 y 508 citadas.

"De todo lo dispuesto por el artículo 272 del Código Judicial, se deduce que para acreditar la representación relativa a las sociedades con domicilio en otro país, que tengan o establezcan negocios en Colombia, basta presentar copia de la escritura de protocolización del 'certificado del Notario u oficial público correspondiente, en que conste la existencia legal de la sociedad y el nombre de la persona o personas que tienen la facultad para representarlas en juicio en Colombia, ya directamente o por medio de sustituto o delegado'; de suerte que, la representación de la Sociedad por el señor Pierre D'Heronville, que es de lo que aquí se trata, está acreditada, a juicio de la Sala, con la escritura de protocolización de los estatutos de la Sociedad ya mencionada, y con los otros documentos de que tratan las citadas escrituras números 797 y 508.

"Además, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 28 de 1931, 'la certificación escrita autorizada con la firma del Gerente y del Secretario de la Cámara de Comercio, respecto a la persona que en un momento dado ejerza la Gerencia o sea representante legal de una compañía o sociedad comercial, de acuerdo con los registros que existan en la misma Cámara, constituirá prueba suficiente de la personería ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas'; y de las copias expedidas por la Cámara de Comercio, de que ya se habló, aparece que el representante en Colombia de la Sociedad demandante es el nombrado señor D'Heronville, quien ha figurado en este litigio, ya personalmente, ya por medio de su apoderado."

El señor Procurador, al descorrer el traslado que se le hizo de este negocio, se expresa en los términos que a continuación se transcriben, y que la Corte acoge, por considerarlos adecuados al problema que se estudia. Dice:

"Conceptúa esta Procuraduría que la honorable Sala debe confirmar la sentencia interlocutoria dictada en este incidente por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, con fecha veinte de octubre último.

"En esa providencia el Tribunal declara que no hay lugar a decretar la nulidad procedimental solicitada por el señor Fiscal 1º del citado Tribunal.

"Basta leer la demanda intentada contra la Nación por el representante legal de la Sociedad denominada Electro Entreprise, para convencerse de que allí no se ataca la validez intrínseca de ningún acto del Gobierno, que haga el asunto de la competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Por el contrario: la acción se dirige a obtener una indemnización de perjuicios, que implica la validez de actos administrativos.

"Otra cosa es el estudio de las consecuencias jurídicas que hayan podido producir esos actos, y de su eficacia como causa generadora de los perjuicios que se demandan. Ese estudio será materia de la sentencia que habrá de desatar esta controversia.

"Tendría razón el señor Fiscal en su impugnación de nulidad por falta de competencia del Tribunal, si la demanda desconociera la validez de los actos administrativos que señala el actor como generadores de su derecho, o si impugnara la validez de los actos contractuales que para ello invoca.

"Tampoco es fundada la causal de nulidad por ilegitimidad de la personería del demandante. La Sociedad Electro Entreprise ha comprobado debidamente su existencia legal y el cumplimiento de los requisitos que las leyes colombianas exigen a las sociedades extranjeras para ejercitar sus derechos en la República. No puede ponerse en duda que el demandante Pierre D'Heronville es el legítimo representante legal de esa sociedad.

"Repito, pues, que mi opinión es la de que la honorable Sala debe confirmar la providencia apelada."

Por lo expuesto, y sin necesidad de más consideraciones, la Corte Suprema, 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 providencia materia de apelación.

Sin costas, por no haber lugar a decretarlas.

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

JENARO CRUZ V.—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero seis de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jenaro Cruz V.).

En el juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva, que adelanta el Recaudador de Hacienda Nacional del Líbano contra la sucesión de Rafael Barrera o Sáenz para el

pago de derechos de lazareto, la señorita María Antonia Sáenz—heredera declarada—propuso por medio de su apoderado las excepciones de prescripción o pérdida del derecho por el transcurso del tiempo y error de cuenta, las cuales procede la Corte a fallar, una vez sustanciado el incidente en la forma legal.

Se dice que por virtud de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 113 de 1890, la obligación de pagar el impuesto de lazareto se hacía exigible un año después de la muerte del causante, y que ese año se cumplió el catorce de diciembre de mil ochocientos noventa y cinco. Y que como el Recaudador del impuesto en el Líbano dejó transcurrir más de treinta años sin recaudarlo, está extinguida la acción para hacerlo efectivo hoy.

Es cierto que el señor Rafael Barrera o Sáenz falleció el catorce de diciembre de mil ochocientos noventa y cuatro, y que sólo el veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta y uno se promovió la demanda efectiva sobre cobro del impuesto de lazareto respectivo, demanda que fue notificada el tres de diciembre de dicho año al heredero.

Pero estima la Corte que si bien la obligación de pagar el impuesto de lazareto nace al morir una persona y surge por el propio hecho el derecho de recibirlo por parte de la Nación, ésta no podía cobrarle ejecutivamente sino después de que hubiera sido aprobada por el Juez la liquidación del referido impuesto, como enseñaba el ordinal 6º del artículo 15 de la Ley 170 de 1896.

Y si esto era así—como lo es hoy, en virtud de lo estatuído en el artículo 946 del Código Judicial—no hay cómo sostener que la prescripción de la acción se ha cumplido en este caso, porque el impuesto liquidado a cargo de la sucesión de Barrera o Sáenz, no fue aprobado sino en mil novecientos veintinueve.

Error de cuenta.

Se dice que existe error de cuenta en la liquidación del impuesto, porque se dedujo de lo que arrojó el avalúo que le dieron a los bienes en mil novecientos veintinueve, y no el que tuvieron en el año de mil novecientos seis, época en que se habían practicado otros inventarios de los mismos bienes.

Pero la Corte carece de base para determinar qué causas influyeron para no tener en cuenta el avalúo del año de mil novecientos seis, sino el de mil novecientos veintinueve, y por consiguiente no puede decidir que existe el error alegado.

Por tanto, la Corte Suprema, 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 y ordena seguir adelante la ejecución.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JENARO CRUZ V.—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero siete de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En el presente juicio ejecutivo seguido por la Nación contra Julio T. García C., el ejecutado, fundado en el artículo 1025 del Código Judicial, propone la excepción de **nulidad del mandamiento ejecutivo** dictado contra él por el Recaudador de Hacienda Nacional de Buga, con fecha ocho de septiembre de mil novecientos treinta y dos, y en virtud del cual se libró orden de pago por la vía ejecutiva por la suma de ciento cincuenta pesos ($ 150), y por las costas del juicio, si el deudor diere lugar a él. Motiva la multa de que aquí se trata, el hecho de no haber presentado García C., en su calidad de fiador de cárcel segura, al señor Luis Angel Ramírez dentro del término que se le señaló por el Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Buga, incluyendo dentro de ese término la ampliación de veinte días más que se le concedieron a virtud de hechos comprobados en el expediente, y que, según la ley, justifican tal ampliación.

Subido el negocio ante esta Superioridad, y rituado según las reglas procedimentales, se procede a decidir lo que se estima jurídico, previas estas consideraciones:

El señor Procurador General de la Nación en su vista de fondo dice:

"Consta del certificado expedido por el señor Juez 2º Superior de Buga, que obra al folio 9 del cuaderno de excepciones, que en la mañana del doce de septiembre de mil novecientos treinta y dos, es decir, cuatro días después de que se declaró a García incurso en multa, éste presentó personalmente en el Despacho del Juzgado a su fiado Ramírez, quien fue encarcelado ese mismo día.

"En vista de ese certificado, conceptúa esta Procuraduría que dejó de existir la obligación principal, y por consiguiente la accesoria de la fianza.

"Por lo tanto, conceptúo que la honorable Sala debe declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación cuyo cumplimiento se persigue, y ordenar que se suspenda la ejecución."

Esta Sala de la Corte, en sentencia de veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y tres, y en un asunto idéntico al que aquí se dilucida, resolvió lo siguiente:

. . . . . .

"La providencia del Juez citado está en un todo ajustada a lo que preceptúa el artículo 17 de la Ley 83 de 1915, que dice:

'Si el sindicado o procesado no se presentare cuando el funcionario instructor, el Juez o Tribunal lo requiera para ello, se revocará la gracia de libertad provisional, y se ordenará el pago de la caución o fianza, cuyo valor, como queda establecido, ingresará al Erario Nacional. Cuando se hubiere eximido de fianza o caución al sindicado o procesado, y éste hubiere faltado a los compromisos que contrajo, se le impondrá una multa de cien pesos.'

"Precisamente es ésta la situación jurídica de Camargo ante la ley: adquirió como fiador el compromiso de presentar ante las autoridades a su fiado los lunes y cada vez que fuera menester; y no la cumplió.

. . . . . .

"Esta es una fianza como cualquiera otra; en ella se asegura el cumplimiento de un hecho ajeno. La no realización de la obligación estipulada impone al fiador que no compele al sindicado a cumplir con el deber de presentarse, el pago de una multa como pena, pago que se hace a favor del Tesoro Nacional. No desaparece la obligación principal del sindicado, porque en materia criminal, para el ejercicio de la justicia, el representante de la sociedad es el Estado, en tanto que el fiador,

como responsable de una obligación accesoria, sólo garantiza la presentación del fiado cuando las autoridades lo soliciten, mas no el cumplimiento de la pena que corresponde al sentenciado, porque a ello se oponen la más elemental equidad y preceptos constitucionales. Esta importante diferencia la establece la ley precisamente porque la obligación de sufrir una pena corporal por la comisión de un delito no puede remitirse por ninguna indemnización pecuniaria. Y se exige la indemnización pecuniaria porque el tiempo señalado por la ley para el ejercicio de la justicia en los términos allí determinados, debe ser garantizado de manera efectiva y no quedar sujeto al arbitrio de un tercero. Quien no presenta al procesado en el tiempo determinado, falta a su obligación, y es, por tanto, responsable; corrobora esta afirmación lo dispuesto por el artículo 2377 del Código Civil, al decir:

'El fiador es responsable hasta de la culpa leve, en todas las prestaciones a que fuere obligado.'

"Y culpable fue García C., al no poner de su parte 'aquella diligencia y cuidado' que era menester para poder presentar a Ramírez en el preciso momento en que se lo ordenara autoridad competente.

"La precedente exposición tiene por objeto desvanecer la afirmación hecha por el señor Procurador General de la Nación, cuando sostiene que dejó de existir la obligación principal, y por consiguiente, la accesoria de la fianza."

Finalmente, la providencia del Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Buga **habla de multa y no de fianza,** cosas jurídicamente distintas, aunque ambas susceptibles de ejecución por jurisdicción coactiva. Si la segunda, para hacerla efectiva, debe estar acompañada—y en el presente caso lo está—de los requerimientos correspondientes, la primera sólo necesita de la providencia que la decreta. Es así que en los autos existe la providencia, no invalidada por autoridad competente, en virtud de la cual se ejecuta a García C., y también que allí consta que la obligación no fue cumplida dentro de los precisos términos señalados, luego no podrá declararse probada la excepción propuesta.

Como corolario de todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probada la **excepción de nulidad del mandamiento ejecutivo,** y, en consecuencia, ordena que se siga la ejecución.

Con costas a cargo del excepcionante. Tásense en la oportunidad legal.

Publíquese, notifíquese y cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, y ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente a la oficina de procedencia.

JENARO CRUZ V.—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero trece de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En memorial de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y tres, el señor José Méndez S., refiriéndose a las diligencias seguidas por el Comisario Especial de Florencia (Caquetá) contra Gonzalo Jiménez, en averiguación de un desfalco en las rentas nacionales, y en las que dicho funcionario decretó el embargo preventivo de los bienes del peticionario, en su calidad de fiador, solicita se declare nulo aquel embargo, y se comunique al Registrador de Bogotá la respectiva cancelación.

El señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, a quien fue dirigido el mencionado memorial, en auto de fecha doce de diciembre del año citado, se abstuvo de fallar en el fondo la petición "por carecer de jurisdicción al efecto," y el interesado señor Méndez S., con fecha diez y nueve siguiente, interpuso apelación contra ese proveído, que le fue negada; y como se insistiera con el recurso de reposición, negado que le fue solicitó copias, y con ellas ha recurrido de hecho ante esta Sala de la Corte en tiempo hábil y en la forma legal.

Para resolver lo que se estima jurídico, se considera:

El señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales fundó su negativa, entre otros, en estos considerandos:

"No es el caso de entrar a analizar aquí la legalidad de la medida adoptada por el señor Comisario Especial del Caquetá al decretar el embargo en mención, porque ello sólo sería pertinente cuando el Juzgado, por considerarse competente para conocer del asunto, entrase a decidir en el fondo sobre el embargo solicitado; y por ello sólo hemos de concretarnos en el presente proveído al examen de si esa jurisdicción reside o nó en el Juzgado, cuestión que a todas luces debe resolverse en forma negativa, por las razones que a continuación se exponen:

"Es cierto que al Juzgado fueron enviadas por el Comisario Especial del Caquetá, en septiembre de mil novecientos treinta y uno, unas copias relativas a aquella visita y el embargo preventivo que hubo de decretarse en ella; pero tales antecedentes, por no constituir un alcance definitivo, proferido por la única autoridad competente al efecto, que es la Contraloría General de la República, se declararon ineficaces en derecho para iniciar sobre la base de ellas la acción judicial ejecutiva de cobranza correspondiente, y se dispuso fenecerlas y archivarlas, en providencia de veinte de octubre del citado año. El solo hecho de haber cursado en el Juzgado aquellos antecedentes, no puede dar a éste jurisdicción alguna para entrar a levantar, por nulidad u otras causas, el embargo decretado por aquella autoridad en cumplimiento de un deber legal.

"No está ceñido a la realidad, además, el aserto de que no exista hoy, aparte de este Juzgado, entidad o funcionario competente según la ley, para decidir en el fondo sobre lo pedido. Es incuestionable que, para todo lo que dice relación a las cuentas de aquella administración de rentas comisariales y a las consecuencias civiles que del manejo correspondiente resultaren, es la Contraloría General de la República la única entidad que puede hoy día decidir en el fondo y de manera amplia y definitiva al respecto, ya que a ella compete, de manera exclusiva, 'lo relativo al examen y revisión de todas las deudas y reclamaciones de cualquiera naturaleza, a cargo o a favor de la República, derivadas de la administración activa y pasiva del Tesoro Nacional,' según lo establece de manera clara y perentoria el artículo 6º de la Ley 42 de 1923.

"El Juzgado, por el solo hecho de haber sido enviadas a él algunas copias relacionadas con aquella visita y embargo, copias que, como se ha dicho, por haber resultado

ineficaces para librar ejecución, pasaron al archivo, no puede considerarse investido de facultad alguna para entrar a decidir sobre materia de tánta consecuencia, como lo es el desembargo pedido, asunto que es de la competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, tanto por disponerlo así la ley, como porque sólo esa entidad, en donde cursa el juicio principal de cuentas del responsable principal Gonzalo Jiménez, podría resolver con pleno conocimiento de causa si es o nó el caso de decretar aquel desembargo, en vista de los resultados de aquel juicio de cuentas; pero aun en la hipótesis poco plausible de que sí fuera al Juzgado a quien legalmente correspondiera la jurisdicción para el caso, tampoco le sería posible acceder a la solicitud de levantamiento de aquella traba preventiva, por cuanto en él cursan hoy día varios juicios ejecutivos contra el mismo responsable del Fisco, señor Gonzalo Jiménez, y sus fiadores en el expresado cargo, por alcances definitivos que la Contraloría General de la República le ha deducido hasta el presente en cuentas del manejo que afianzaron a la Nación, con su responsabilidad personal solidaria, tanto el memorialista como el señor José Joaquín Nieto, su cofiador."

Esta exposición patentiza que el embargo decretado lo fue en una actuación simplemente administrativa, realizada por el Comisario del Caquetá en ejercicio de una facultad especial; actuación que ha debido continuar con el examen de las cuentas de los responsables; examen que ha debido dar por resultado la determinación de la situación jurídica de los mismos; situación que una vez determinada debió traer como consecuencia o el alcance o el finiquito correspondientes. En el primer caso debe cursar el juicio respectivo, y en el segundo, ha debido decretarse por la autoridad competente el desembargo de que aquí se trata; y como la autoridad competente, según lo expresa el señor Juez de Ejecuciones Fiscales, es el Contralor, hay que concluír que no tratándose de asunto sujeto a la jurisdicción del Juez a quien dirigió la petición, éste ha debido inhibirse—como en efecto se inhibió—para conocer de ella.

Y como la carencia de jurisdicción en primera instancia trae como consecuencia también la falta de jurisdicción en la segunda instancia, debe decidirse que el recurso de hecho interpuesto no puede prosperar, porque la primera condición que exige es la jurisdicción para conocer de él. De consiguiente, es el caso de declararlo inadmisible, como en efecto así lo declara esta Sala, disponiendo se archiven las diligencias, previa la correspondiente notificación.

Cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

JENARO CRUZ V.—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero diez y seis de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jenaro Cruz V.).

El Juez de Rentas Nacionales del Atlántico, fundándose en un reconocimiento adicional, de seis de diciembre de mil novecientos veintiocho, procedente de la Aduana de Barranquilla, y por el cual se dedujo a cargo de Cohen, Castel, Yohros & Compañía la suma de $ 270-85 por derechos de importación de mercancías, libró mandamiento ejecutivo el tres de julio de mil novecientos treinta contra los nombrados señores y a favor de la Nación por la expresada cantidad.

El representante de los ejecutados apeló del auto ejecutivo, alegando que el impuesto que pretendía cobrarse había sido liquidado fuera del término señalado por la ley; puesto que la Contraloría había glosado la primitiva liquidación después de pasados los noventa días legales que tenía para formular sus reparos a las liquidaciones de la Aduana.

Pero la Corte, en auto de quince de junio de mil novecientos treinta y uno, confirmó el ejecutivo del Juez de Rentas, por falta de prueba referente a la extemporalidad de las glosas de la Contraloría, y avanzó el concepto de que los ejecutados podían demostrar esta circunstancia en el incidente de excepciones que promovieron.

Y los ejecutados hicieron uso de este derecho; porque en escrito presentado en el Juzgado de Rentas Nacionales de Barranquilla el veinte de octubre de mil novecientos treinta y uno, propusieron las excepciones de error de cuenta y de pago.

El incidente respectivo se tramitó ante el Tribunal de Barranquilla, por virtud de lo dispuesto en los artículos 73 del antiguo Código Judicial y 7º de la Ley 169 de 1896, vigentes cuando fue promovido.

Pero fue remitido a la Corte para que decidiera en el fondo, por haber entrado a regir la Ley 105 de 1931, que atribuye el conocimiento privativo de asuntos como éste a la Sala de Negocios Generales (ordinal 5º del artículo 36).

Aun cuando ha surgido duda acerca del alcance del artículo 1228 del actual Código Judicial, la doctrina de la Corte es que todo precepto no puede referirse a la jurisdicción para decidir sobre el juicio, incidente o tercería. Y por eso se procede a resolver lo que sea justo.

Sobre lo que es materia del fallo, dice el señor Procurador General de la Nación:

"El recaudo ejecutivo consiste en una cuenta adicional que se les produjo, en virtud de una glosa de la Contraloría General de la República, por $ 270-85, por error en la liquidación de los derechos de Aduana de ocho bultos de camisas para hombre, introducidos por el vapor **San José,** que llegó a Puerto Colombia el veintinueve de septiembre de mil novecientos veintisiete.

"Del certificado expedido por el señor Contralor General de la República, que obra al folio 26 del cuaderno principal, consta que el manifiesto número 99, de veintinueve de septiembre de mil novecientos veintisiete, relativo a la introducción de los ocho bultos de camisas, formaba parte de la cuenta rendida a la Contraloría por el Administrador de la Aduana de Barranquilla, correspondiente al mes de enero de mil novecientos veintiocho, y que esa cuenta llegó a la Contraloría el doce de marzo del mismo año.

"De ese mismo certificado consta que la glosa formulada por aquella Oficina por deficiencia en la liquidación del manifiesto citado, se hizo el diez de octubre del expresado año de mil novecientos veintiocho. Entre la fecha del recibo de la cuenta y la de la glosa transcurrieron siete meses menos dos días. Y como la Contraloría General sólo disponía de noventa días para formular esa glosa y modificar las liquidaciones hechas por las Aduanas, de acuerdo con los artículos 8º de la Ley 103

de 1928 y 80 de la Ley 42 de 1923, resulta que la Nación carece de todo derecho para cobrar a los ejecutados el valor por deficiencia en el pago de unos derechos que cubrieron oportunamente. Existe, pues, plenamente comprobada la excepción de error de cuenta, o mejor, de carencia de acción....."

La Corte considera estrictamente ajustado a la justicia y a la ley, lo expuesto por el señor Procurador, y por eso, de acuerdo con él, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de carencia de acción, llamada aquí error de cuenta, y en consecuencia dispone que se suspenda la ejecución y se levante el embargo que se hubiese decretado.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la **Gaceta** Judicial y devuélvase al Juzgado de origen.

JENARO CRUZ V.—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Por autos de fechas diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y uno y quince de junio de mil novecientos treinta y dos, el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, en ejercicio de la jurisdicción coactiva de que está investido, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra Pedro A. Salazar y Manuel Silva, encargado el primero de la Administración de Hacienda Nacional, Rentas de la Comisaría y Aduana del Putumayo, en Puerto Asís, y el segundo, fiador hipotecario. Motivó esta ejecución el auto de fenecimiento número 731, de cuatro de agosto de mil novecientos treinta y uno, por el cual la Contraloría General de la República elevó un alcance de tres mil noventa y siete pesos con sesenta y seis centavos ($ 3,097-66) en contra de Salazar, en la rendición de cuentas del mes de marzo de mil novecientos treinta y uno.

El fiador Manuel Silva, en memorial de fecha treinta de enero de mil novecientos treinta y tres, propone las excepciones de **inexistencia de la obligación, nulidad del instrumento ejecutivo, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió** (Código Judicial, artículo 329). Para decidir las excepciones enumeradas, han subido los autos ante esta Superioridad, en donde, rituado el incidente con el lleno de las formalidades que le son propias, se procede a declarar lo que se estima jurídico, teniendo en cuenta:

El señor Procurador General de la Nación, en su vista de fondo, dice lo siguiente:

"Con copia de esas resoluciones por base, el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, en auto de diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y uno libró mandamiento ejecutivo contra el responsable señor Salazar, por la expresada cantidad de $ 3,097-66. Este auto fue debidamente notificado.

"Más tarde se trajo a los autos copia debidamente registrada de la escritura número 78, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Pasto, el primero de marzo de mil novecientos treinta, por medio de la cual el señor Manuel Silva declaró que para responder por el manejo de Salazar, 'constituía y daba en caución hipotecaria a favor del Gobierno Nacional una casa de tapias y cubierta de tejas y una cuadra adyacente, inmuebles que eran de su exclusiva propiedad,' y que se especificaron en la cláusula cuarta del citado instrumento.

"En la cláusula sexta de ese mismo instrumento declaró Silva que también garantizaba todas y cada una de las obligaciones que el desempeño de los indicados cargos le produjeran a Salazar, y que eso lo hacía Silva obligándose, además, a responder a la Nación en cualquier tiempo no sólo por la suma de cuatro mil pesos, cuantía fijada para la fianza, sino también por cualquier alcance que se le dedujera a Salazar como Administrador de Aduana de Puerto Asís y Administrador de Hacienda de la Comisaría Especial del Putumayo.

"Estas declaraciones demuestran que Silva no sólo se obligó como un simple fiador hipotecario sino también como fiador personal de Pedro A. Salazar.

"En vista de esa escritura, que fue aprobada en Resolución número 156, de 5 de marzo de 1930, cuatro días después de su otorgamiento, por la Auditoría Seccional del Departamento de Nariño, facultada para ello por las Resoluciones números 67 y 110 de 1928, emanadas de la Contraloría, el Juzgado 1º de Ejecuciones Fiscales, en auto de quince de junio de mil novecientos treinta y dos, hizo extensivo al fiador Manuel Silva el mandamiento ejecutivo dictado contra Pedro A. Salazar por los $ 3,097-66, valor del alcance.

"Silva propuso oportunamente las excepciones de inexistencia de la obligación, nulidad del instrumento ejecutivo y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación.

"Como única prueba de esas excepciones trajo a los autos un certificado de la Contraloría General de la República, fechado el dos de agosto del corriente año, del cual consta que en providencia número 212, de veintisiete de junio de este mismo año (mil novecientos treinta y tres), y en razón de que el Congreso de mil novecientos treinta y dos había legalizado algunos de los gastos que originaron el alcance, éste había quedado reducido a la cantidad de mil cuatrocientos diez y nueve pesos y cincuenta y ocho centavos ($ 1,419-58).

"Es obvio que la cuantía de la ejecución debe quedar reducida a esta última cantidad. Se ignora el motivo que tuvo el señor Juez ejecutor para no haber acompañado el oficio que a este respecto le pasó la Contraloría.

"Las demás razones alegadas por el ejecutado Silva para enervar la ejecución son inaceptables. Arguye que la escritura de fianza no fue aprobada por la Contraloría, y ya se vio que lo fue por el Gobernador de Nariño, que intervino en su otorgamiento, y por la Auditoría Seccional de Pasto, en virtud de claras autorizaciones. Alega que él no tenía en la casa hipotecada sino acciones y derechos, y que la hipoteca es nula, sin caer en la cuenta de que la ley prohibe alegar nulidades de los contratos a los que han intervenido en ellos, sabiendo o debiendo saber el vicio que los invalidan, y sin tener en cuenta tampoco que él no es sólo un fiador hipotecario, sino también un fiador personal de Salazar.

"Por las razones expuestas, conceptúo que la honorable Sala debe declarar probada parcialmente la excepción de error de cuenta, y disponer que la ejecución se adelante únicamente por la cantidad de mil cuatrocientos diez y nueve pesos cincuenta y ocho centavos, sus intereses y las costas."

La Corte, para desatar la controversia, tiene en cuenta:

Primero. El auto de fenecimiento número 731, de cuatro de agosto de mil novecientos treinta y uno, reformatorio del marcado con el número 1534, de veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y uno, de la Contraloría General de la República, deduce un alcance en las cuentas de mil novecientos ventinueve por gastos realizados en mil novecientos treinta, y que estaban apropiados para la vigencia anterior, alcance que para desaparecer necesitaba de la legalización por el Congreso de las erogaciones hechas por Pedro A. Salazar durante el ejercicio del cargo que desempeñaba en Puerto Asís, y que suma la cantidad de tres mil noventa y siete pesos con sesenta y seis centavos ($ 3,097-66).

Durante el término probatorio, el apoderado del ejecutado hizo venir a los autos una certificación de la Contraloría, en la cual—se dice—que a Salazar, "con motivo de que el Congreso de mil novecientos treinta y dos legalizó algunos gastos de los que originaron el alcance, se le redujo éste a la suma de mil cuatrocientos diez y nueve pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 1,419-58), de cuya resolución se ordenó pasar copia al Juzgado de Ejecuciones Fiscales, lo que vale decir que pesa sobre él un alcance por esa suma."

La Ley 29 de 1932, "por la cual se legalizan algunos gastos de vigencias anteriores," hechos por empleados dependientes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Educación Nacional, Correos y Telégrafos, Industrias y Gobierno, al referirse a la Administración de Hacienda Nacional de Puerto Asís (Putumayo), en la vigencia de mil novecientos veintinueve, legaliza los siguientes gastos así:

"Capítulo 59.

"Artículo 837. Sueldos, etc. . . . . $	39 99

"Capítulo 60.

"Artículos 988 y 1869. Sueldos, etc.	598 99
"Artículo 1762. Sueldos, conservación de líneas telegráficas y telefónicas.	514 ..

"Capítulo 61

"Artículo 1763. Arrendamientos, etc.	27 10
"Artículo 1764. Utiles de escritorio.	18 ..
$	1,218 08

De la relación que hace la Contraloría en el fenecimiento 731, y en presencia de los gastos legalizados por la Ley 29 citada, subsisten los siguientes:

"Capítulo 43.

"Artículo 520. Ministerio de Industrias...$	874 15

"Capítulo 43.

"Artículo 522. Ministerio de Industrias. . . .	538 63

"Capítulo 55.

"Artículo 719. Ministerio de Educación. . . .	480 ..

"Capítulo 28.

"Artículo 367. Faltan comprobantes en el pago de parte de los sueldos de dos Celadores.	6 80
$	1,899 58"

Entre las pruebas presentadas por la parte ejecutada figura la certificación de la Contraloría, en la cual se dice que por "virtud de la providencia número 212, fechada el veintisiete de junio próximo pasado," el alcance se redujo a la suma de $ 1,419-58.

Restando de lo subsistente en la glosa número 731 y la cantidad a que quedó reducido el alcance, se tiene:

Suma subsistente en la glosa número 731. .$	1,899 58
Suma a que se redujo el alcance.	1,419 58
Exceso. . . . . .$	480 ..

Ahora bien: el artículo 601 del estatuto procedimental dice:

"Las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, y a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad, conforme a los cuales cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado."

De acuerdo con los términos del precepto citado, la estimación legal que debe hacerse de la prueba producida por la parte ejecutada, y según la cual, la Contraloría, en la certificación por ella expedida, establece que el alcance deducido y que motiva esta ejecución, quedó reducido a la suma de mil cuatrocientos diez y nueve pesos con cincuenta y ocho centavos, ha de aceptarse como prueba decisiva, ya que la Contraloría es la Oficina determinada por la ley para liquidar o fenecer las cuentas que los empleados de manejo rindan ante ella. Y como "cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado," y como el señor Procurador General de la Nación conceptúa en su vista que se declare parcialmente probada la excepción de error de cuenta, y acepta como cierta la Resolución número 212, de veintisiete de junio de mil novecientos treinta y tres, resolución que es prueba definitiva en este juicio por la aceptación que las partes han hecho de ella, y por ser expedida por la entidad competente para ello, habrá de declararse acreditada parcialmente la excepción de error de cuenta, y como no existente el exceso de $ 480, ya demostrado (Código Civil, artículo 1624; Código Judicial, artículos 593, 597, ordinal 3°, y 603).

Segundo. Alega Manuel Silva que la escritura número 78, de primero de marzo de mil novecientos treinta, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Pasto, por la cual se constituyó fiador hipotecario de Salazar para responder de su manejo en los empleos antes enumerados, no tiene valor legal.

La escritura en mención fue aceptada a nombre del Gobierno Nacional por el señor Gobernador del Departamento, autorizado para ello por telegrama oficial número 918, de veinticinco de enero de mil novecientos treinta. Por su parte, la Auditoría Seccional del Departamento de Nariño, en Resolución número 156, de 5 de marzo de 1930, fundada en varios preceptos legales allí relacionados aprobó la fianza de que aquí se trata.

Dice Silva que la Auditoría Seccional de Nariño carecía de jurisdicción para aprobar la escritura de fianza,

y para ello se funda en que, dice la Contraloría, "la escritura por la cual se constituye la caución no ha sido aprobada por este Despacho, debido a que lo que se hipoteca son unos derechos y acciones en una sucesión de la cual no hay constancia, ya que ha sido liquidada, ni de que se le hayan adjudicado al concesionario por sentencia aprobatoria de la partición."

Y agrega el Auditor:

"En consecuencia, comunico a usted lo anterior para que se sirva subsanar dicha objeción....." (Cuaderno número 2, folio 5º).

La Corte, para resolver, tiene en cuenta:

El artículo 1º, parágrafo **h)**, de la Resolución número 67 de 1928, sobre organización y reglamentación de las Auditorías Seccionales, dictada para delegar las facultades que allí se mencionan, dice:

"Artículo 1º A partir de la fecha de la presente Resolución, las Auditorías Seccionales de la Contraloría tendrán las siguientes atribuciones:

.....

"**h)** Ejercer igualmente las funciones de que trata el artículo 57 de la misma Ley, en cuanto se refiere a Oficinas Subalternas. En consecuencia, quedan facultados los Auditores Seccionales para fijar las cauciones, examinar las correspondientes escrituras, aprobarlas, registrarlas y archivarlas en la oficina a su cargo."

La Resolución número 110, de 18 de septiembre de 1928, dictada también por la Contraloría General de la República, adicional de la número 67 de 1928, dice:

"Artículo único. Facúltase a los Auditores Seccionales de la Contraloría para examinar los documentos que otorguen los empleados superiores de su jurisdicción, con el fin de asegurar su manejo y para aprobarlos, si fuere el caso. Cumplidas tales formalidades, los títulos respectivos se remitirán en seguida a la Contraloría para su registro y archivo."

La reforma que introdujo el artículo único de la Resolución número 110, consistió en que los documentos que aseguran el manejo de los empleados que están en la obligación de prestar caución, deberían ser enviados a la Contraloría General de la República para ser registrados y archivados, pero nada innovó en relación a la facultad delegada a las Auditorías para aprobar los documentos de confianza que garanticen el manejo de los fondos públicos nacionales.

La Ley 42 de 1923, en el artículo 57, dijo:

"El Contralor General deberá fijar el monto de la caución que ha de otorgar cualquier empleado o agente del Gobierno Nacional, y ninguno de los mencionados en el artículo anterior podrá eximirse del requisito de prestar la caución que fije el Contralor. En tanto que la caución no haya sido otorgada y aceptada, el empleado de que se trata no podrá hacerse cargo del puesto, ni recibir fondos o bienes en su carácter de agente del Gobierno Nacional. La garantía puede consistir en el depósito de la suma correspondiente en efectivo, en bonos de la deuda pública, o bien en un documento de fianza, el cual deberá ser examinado por el Contralor General en lo que se refiere a su forma, legalidad y solvencia del fiador, y sanidad y valor de la finca hipotecada, y no será aceptado por el Gobierno hasta que el Contralor lo haya aprobado; una vez aprobado, será registrado y archivado en la Oficina de éste. En caso de pérdida imputable al responsable, corresponderá al Contralor proceder a hacer efectiva la caución para el pago de tal pérdida."

Ahora bien: fundado en la literalidad del artículo 57 de la Ley 42 de 1923, ya transcrito, pretende el excepcionante afirmar que la Auditoría Seccional del Departamento de Nariño carecía de jurisdicción para aprobar la fianza y señalar la cuantía de cuatro mil pesos, determinada por el Auditor Seccional ya nombrado, en telegrama número 2045, de enero de mil novecientos treinta. Pero tal afirmación no vale en presencia de lo dispuesto en el artículo 32 de la misma Ley, según el cual las "Auditorías estarán a cargo de Auditores Seccionales, quienes desempeñarán las funcionse que les asignen el Contralor y los reglamentos del Gobierno."

Además, en parte alguna consta que tales resoluciones no tengan fuerza legal, ya que por la autoridad contencioso-administrativa no han sido heridas de nulidad, y porque, según los términos del texto últimamente citado, el Contralor General de la República tiene la facultad de delegar o asignar atribuciones a los Auditores Seccionales, salvo las que expresamente le prohiba la ley. Tampoco existe disposición gubernamental alguna que prohiba al Contralor hacer la delegación de que aquí se trata.

De lo expuesto se deduce que la Auditoría Seccional del Departamento de Nariño sí tenía facultad para aprobar la fianza otorgada por Manuel Silva para asegurar el manejo de los fondos públicos nacionales y de la Comisaría Especial del Putumayo, a cargo de Pedro A. Salazar, en los empleos ya dichos. Y contribuye a corroborar esta conclusión el hecho de que el mismo Auditor, al hacer saber a Silva la objeción de la Contraloría, empleara la frase "comunico a usted lo anterior para que se sirva subsanar dicha objeción." Lo que equivale a decir que el documento era perfecto en cuanto a su constitución y validez, aunque susceptible de reformas, que dieran más eficacia a las garantías dadas por Silva en favor de la Nación, ya que una mala apreciación del Contralor General no le restaba eficacia a la escritura hipotecaria. Por tanto, por este aspecto, no prospera la excepción de inexistencia de la obligación.

Tercero. Insiste el fiador en sostener, por otro aspecto, que la escritura de fianza hipotecaria carece de eficacia, porque él sólo podía hipotecar derechos y acciones en los inmuebles a que se contrae la escritura número 78, de primero de marzo de mil novecientos treinta, de la Notaría 2ª del Circuito de Pasto, derechos y acciones que tenía en una sucesión ilíquida. Hay, por lo tanto,—dice—hipoteca de cosa ajena

Al folio 45 del cuaderno 1º de este juicio, se encuentra lo siguiente:

"El suscrito Registrador de instrumentos públicos, a petición verbal del señor Manuel Silva, en debida forma,

"certifica:

"Que habiendo consultado los libros de registro de la Oficina, desde el año de mil ochocientos noventa y seis a la fecha, no se halla registrada ni anotada copia de escritura alguna, por la cual esté hipotecada una cuadra de terreno y una casa, construída de paredes y cubierta de teja, situada en la calle angosta, antigua carrera de Casanare, de esta ciudad, que fue de propiedad de los señores Pedro y Manuel Ortiz Segura y Carmen Ortiz viuda de Bucheli y hermanos, según consta de los testamentos otorgados por la nombrada señora Carmen Ortiz viuda de Bucheli, en esta ciudad, el catorce de febrero de mil novecientos quince y veintisiete de marzo de mil

novecientos diez y seis, cuyo testamento con las diligencias creadas por su apertura y publicación, se han protocolizado por escritura pública número 314, celebrada en la Notaría 1ª de este Circuito el veintinueve de julio de mil novecientos diez y seis, registrada el treinta y uno del propio mes y año, bajo la partida número 39, folios 28 a 32 del Libro de causas mortuorias. **Los expresados inmuebles pertenecen en la actualidad al peticionario señor Silva,** según aparece de las escrituras públicas números 518 y 156, de veintiocho de septiembre de mil novecientos diez y siete y cinco de abril de mil novecientos diez y ocho, celebradas en la Notaría número 2ª de este Circuito, cuyas copias aparecen debidamente registradas, la número 518 citada, el ocho de octubre del mismo año, bajo la partida número 491, folios 265 a 266 del Libro 1º de Registro, y la número 156, también citada, el doce de abril de ese mismo año (mil novecientos diez y ocho), bajo la partida número 127, folio 72 del Libro 1º de Registro. No consta demanda civil ni auto de embargo judicial registrados, ni gravamen alguno hipotecario sobre los inmuebles que quedan indicados; hallándose, por lo tanto, libres y saneados durante el tiempo a que se contrae el presente certificado.

"Pasto, seis de septiembre de mil novecientos veintiséis.

"El Registrador, **Reinaldo Jurado B.**"

Hay más todavía: en la escritura tántas veces citada se encuentran también estas cláusulas:

"Quinto. Que hubo el exponente señor Silva los inmuebles que hipoteca, por compra de acciones y derechos que de ellos hizo a los señores Azael Guerrero Z. y Pedro Pablo, José Vicente, Luis Rafael e Ignacio León Santacruz, por escrituras públicas debidamente registradas, números ciento cincuenta y seis (156), de cinco (5) de abril de mil novecientos diez y ocho (1918), y cuatrocientos cincuenta y ocho (458), de catorce (14) de diciembre de mil novecientos veintisiete (1927), respectivamente, otorgadas en la Notaría 2ª de este Circuito, cuyas copias ha presentado para el respectivo avalúo.

"Sexto. Que los antedichos inmuebles, sobre los cuales constituye la hipoteca, son valiosos, de mayor suma a la fijada como cuantía por la Contraloría General de la República, como consta de la respectiva diligencia de avalúo pericial, practicada en el Juzgado 2º de este Circuito por los señores Luis Borrás, Celio C. Narváez y Clelio Alvarado; y que con los indicados inmuebles o con su valor garantiza el manejo de los fondos públicos de las Administraciones de Aduana de Puerto Asís y de Hacienda y Rentas de la Comisaría Especial del Putumayo, que va a manejar él señor Pedro A. Salazar, como también garantiza todas y cada una de las obligaciones que el desempeño de los indicados cargos le producen, lo cual lo hace obligándose, además, a responder a la Nación, en cualquier tiempo, no sólo por la suma de cuatro mil pesos oro antes indicado, que corresponde a la cuantía de la fianza, aunque sea mayor que ésta, sino también por cualquier alcance que pudiera tener el nombrado señor Pedro A. Salazar como Administrador de Aduana de Puerto Asís y Administrador de Hacienda y Rentas de la Comisaría Especial del Putumayo; y **que además se obliga al saneamiento de los bienes que hipoteca, en la forma y casos previstos por la ley.**" (Se subraya).

Y para fundar su excepción, dice Silva que "la sucesión a que corresponden las acciones y derechos carece de toda formalidad legal, pues que ningún Juez ha declarado abierta la tal sucesión, en ningún Juzgado se ha practicado el respectivo inventario, y hasta la fecha no se ha hecho la correspondiente partición, y, por lo mismo, no ha habido adjudicación alguna por sentencia aprobatoria, de ninguna porción determinada de la herencia, y si esto es así, claramente se deduce que la obligación no existe legalmente, aun carece de vida legal, y por consiguiente prospera, por este aspecto, la excepción de **inexistencia de la obligación.**"

Se contesta:

Concreta y determinada como se halla la obligación accesoria, radicando ésta sobre los bienes que singularmente aparecen descritos, y no constando que éstos pertenezcan a persona distinta del fiador, no es el caso de considerar que la obligación no exista; porque sólo esa demostración y la falta de asentimiento del dueño verdadero podría dar asidero a reconocimiento semejante.

Y menos prospera la excepción propuesta, si se considera que Silva se hizo pasar por dueño de los bienes trabados, haciéndolos avaluar por peritos, nombrados de acuerdo con las prescripciones legales, peritos que, en informes unánimes y fundados aseguran, en presencia de las escrituras que ante ellos se exhibieron por el interesado, que tales bienes son de la exclusiva propiedad de Silva.

Sin necesidad de más consideraciones, y como corolario de todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

resuelve:

1º Declárase no probadas las excepciones de **inexistencia de la obligación y de nulidad del instrumento ejecutivo,** propuestas en este juicio por parte legítima.

2º Declárase parcialmente probada la **excepción de error de cuenta,** que aparece de las pruebas traídas al expediente. En consecuencia, continúe la ejecución contra Pedro A. Salazar y Manuel Silva, por la suma de mil cuatrocientos diez y nueve pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 1,419-58).

3º Con costas a cargo del excepcionante. Tásense en la oportunidad legal.

Publíquese, cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial,** y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de procedencia.

JENARO CRUZ V.—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Autorizado debidamente por el Gobierno, el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en libelo de fecha trece de octubre de mil novecientos veintiocho, demandó en juicio especial de deslinde y amojonamiento a la United Fruit Company, Sociedad anónima, domiciliada en New Jersey City, Estados Unidos de América, representada en Colombia por el señor Tomás Brashaw, para que con su intervención se determinaran las líneas de separación de un terreno baldío "situado en jurisdicción del Municipio de Araca-

taca, sitio de **Las Flores**, comprendido entre los siguientes linderos: Nordeste, desde la desembocadura de la quebrada **Macaraquilla**, en el río de Los Ingleses; por el curso de este río, abajo, hasta que entra en tierras de **Santa Ana**; Noroeste, con tierras de **Santa Ana**, de propiedad de la United Fruit Company; Sudeste y Sudoeste, con terrenos del globo de **Las Flores**, que fueron adjudicados a Concepción E. Durán y otros en 1895."

Como fundamentos de su acción adujo el carácter de propietaria de dicho terreno, y por ser baldío de la Nación, de acuerdo con la legislación vigente, porque dicho lote no se ha adjudicado a ninguna persona.

Admitida la demanda, y corrido el respectivo traslado, después de la resolución negativa del incidente de excepciones dilatorias propuesto, el demandado contestó oponiéndose a que se decretara el deslinde solicitado, alegando que tal globo de terreno forma parte integrante del mencionado predio de **Las Flores**, y pidiendo, en consecuencia, que en la sentencia que ponga fin al juicio ordinario que ha de surgir con motivo de la oposición, se declare que el globo de terreno cuyo deslinde se solicita pertenece en propiedad a la United Fruit Company.

Como hechos fundamentales de su oposición, como se ha visto, alegó el carácter de propietario con fundamento en los títulos que analizó en la respectiva contestación.

Surtido el juicio por todos sus trámites, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta desató la litis en sentencia de fecha diez y nueve de julio de mil novecientos treinta y tres, en los términos siguientes:

"Por todo lo expuesto, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

"1º No hay lugar a decretar el deslinde pedido por el señor Fiscal de este Tribunal, en escrito de demanda, de fecha trece de octubre de mil novecientos veintiocho.

"2º Que el globo señalado por el señor Fiscal como baldío, con estos linderos: Nordeste, desde la desembocadura de la quebrada **Macaraquilla**, en el río de Los Ingleses, por el curso de este río, abajo, hasta que entra en tierras de **Santa Ana**; Noroeste, con tierras de **Santa Ana**, de propiedad de la United Fruit Company; Sudeste y Sudoeste, con terrenos del globo de **Las Flores**, que fueron adjudicados a Concepción E. Durán y otros en 1895, está comprendido en el globo de **Las Flores**, y por tanto, corresponde a la United Fruit Company."

Como el señor Fiscal no se conformara con esta providencia, interpuso recurso de apelación, que le fue legalmente concedido para ante esta Sala de la Corte, donde, dada al negocio la tramitación que le corresponde, se pasa a determinar los fundamentos del recurso, previas estas consideraciones:

Primera. El Tribunal, en su sentencia, hizo el siguiente análisis, tanto de los fundamentos de la acción como de su prueba:

"El punto básico de la oposición a la demanda de deslinde consiste, como ya se dijo, en que la Nación, según lo pretende el opositor, no es dueña del globo de tierra que intenta deslindar, porque su dueño es otro: la United Fruit Company. Sobre este aspecto de la cuestión ha girado la presente controversia, y las pruebas aducidas por el opositor han tenido por meta esa circunstancia.

"Esta faz del negocio la ha concretado el opositor en los términos siguientes:

'Oponiéndome, como me he opuesto, a que se decrete el deslinde solicitado, pido que en la sentencia que ponga fin al juicio ordinario que ha de seguir con motivo de mi oposición, se declare que el globo de terreno mal descrito en el libelo de demanda, y descrito arriba por mí, conforme a la realidad de las cosas, pertenece en propiedad a la United Fruit Company.'

"Veamos ahora si las pruebas traídas al juicio son suficientes para fundar el fallo en la forma que lo pretende el opositor en la presente controversia, o si, por el contrario, hay que absolver al demandado.

"En efecto, los hechos marcados con los numerales 1º, 2º y 4º de la oposición, quedan comprobados debidamente con la Resolución ejecutiva que adjudicó las tierras de **Las Flores** a la señora Concepción E. Durán y otros en 1895, de quienes se deriva el actual derecho de la United Fruit Company, en virtud de compras sucesivas de las porciones integrantes de aquel lote. Por la misma razón queda comprobado el hecho negativo marcado con el numeral 4º, desde luégo que no existe la prueba que indique la enajenación parcial o total que hubiera hecho la United Fruit Company del predio cuestionado.

"El hecho 3º, punto fundamental del litigio, es así:

'El globo de tierra mal descrito por el señor Fiscal de ese Tribunal, en su libelo de deslinde de fecha trece de octubre de mil novecientos veintiocho, y descrito en forma debida por mí en el presente escrito, se encuentra comprendido dentro de los límites señalados en el hecho primero.'

"El primero detalla el lindero de **Las Flores**.

"El hecho anterior, como se insinuó arriba, tiene una importancia decisiva en el pleito, porque si el globo llamado baldío en la demanda del Fiscal está involucrado en el de **Las Flores**, no pertenece a la Nación sino al dueño de este último predio, y el deslinde pedido en tales circunstancias resulta a todas luces improcedente, si se atiende a que no se trata entonces de dos predios sino de uno solo.

"Acerca de este punto y sus complementarios de que tratan los otros hechos de la demanda de oposición, se han hecho valer diversas comprobaciones, como son el plano auténtico y original de **Las Flores**, levantado por el ingeniero señor Charles Gautier, con motivo de la adjudicación a la señora Durán y otros en 1895; la inspección ocular con peritos, practicada por el Magistrado sustanciador del juicio en aquella época y declaraciones de testigos.

"El plano de adjudicación del terreno **Las Flores**, autenticado como está, en la forma que hace plena la validez de esos documentos, y aceptado de modo expreso por las partes, es el título básico en que ha de apoyarse la comprobación del hecho 3º; porque al plano se remiten ambas partes en lo que atañe a la situación verdadera del globo de baldío cuyo deslinde se ha solicitado, y salvo alguna aclaración relacionada con el curso de la quebrada **Macaraquilla**, hecha por el opositor, todos los detalles mencionados en aquel documento se han reconocido por los contendientes. De ahí, pues, que sea el plano de **Las Flores** el desiderátum de la controversia.

"La inspección ocular practicada por el sustanciador, y apoyada en gran modo en el plano de **Las Flores**, condujo a las siguientes apreciaciones y conclusiones hechas por los peritos que intervinieron en las diligencias:

. . . . . .

'Queremos comenzar por el análisis que condujo nuestro criterio hacia la dilucidación de los puntos primero y sexto del cuestionario, o sean los que miran a la determinación de los verdaderos linderos y extensión del terreno de **Las Flores**, y al concepto sobre si la existencia de un globo de terreno que como baldío reclama la Nación, queda dentro o fuera del perímetro que enmarca el de **Las Flores**. Para ello solicitámos si el plano original de adjudicación de los terrenos en referencia, que aparece en autos, con varias certificaciones de ser instrumento fiel, podía tener para nosotros fe de autenticidad, a efecto de situar nuestra investigación en el campo de la confrontación de ese plano, con las circunstancias y situaciones de hecho que presentase el terreno. Obtenido el parecer afirmativo de usted, fundado en el hecho de que el documento gráfico en cuestión no ha sido tachado por ninguna de las partes litigantes, procedimos a nuestro cometido.

'Del estudio del plan inferimos—y ello se infiere sin muy detenido examen—que de los cuatro linderos que rodean el polígono de los terrenos de **Las Flores**, hay tres definidos como linderos arcifinios, y uno solamente, el llamado **sureste**, cerca de los desparramaderos del río San Sebastián o de la Fundación, que requiere la demarcación o deslinde artificial, dado que no se elige para su identificación ningún accidente orográfico, ni hidrográfico, como acontece con los otros tres. Pero como para los efectos de la controversia surgida entre la Nación y la United Fruit Company, el lindero sureste no interviene de manera esencial, enderezamos por el momento nuestro análisis a los linderos que deben estar señalados con el río de San Sebastián o de la Fundación, un cauce viejo de éste y una quebrada que lleva los nombres de **Macaraquilla** o **Río de los Ingleses** o de las **Playitas**, según diversas denominaciones que da la copia de adjudicación.

'Como providencia inicial nos dimos a localizar la confluencia de dos quebradas, que comúnmente suelen llamarse **Río de los Ingleses** y quebrada **Macaraquilla**, para ver de constatar allí la presencia del cauce antiguo del río de San Sebastián o de la Fundación, a que alude la resolución de adjudicación, al tenor de la cita que aparece en el numeral 1° del cuestionario sometido a nuestro estudio. Situados en la confluencia de tales corrientes fluviales, no encontrámos en un considerable espacio circundante—y dentro del terreno de **Las Flores**—ningún indicio que revelara la presencia de cauce alguno, nuevo o antiguo, pero ni aun vestigios de que hubiese existido por ese lugar. Comprobada la inexistencia del cauce antiguo en los contornos de la confluencia de las dos quebradas ya nombradas, continuámos por la margen izquierda, el curso del río, formado por la reunión de ellas, y que en el plano tiene el nombre de **Río de las Playitas o de los Ingleses**, con el fin de inquirir la presencia de un accidente natural, que respondiese a los caracteres típicos y distintivos de un cauce antiguo de corrientes fluviales, y encontrámos mucho más abajo de la dicha confluencia de las dos quebradas, la intersección del río cuyo curso seguimos, con un canal de aguas sin corriente perceptible, de considerable profundidad y cubierto de las plantas que nacen en las aguas estancadas, intersección esa que no pareció corresponder al punto que en el plano figura con el nombre de **Desembocadura de la quebrada Macaraquilla**. Siguiendo—en dirección Sur—el canal de las aguas sin corriente, cuya magnitud va decreciendo en extensión y profundidad hasta extinguirse, y pasando por un mojón marcado con el número 8, llegámos al camino que conduce de **Las Flores** al corral de **Las Playitas**, y por un sembrado de guineo continuámos en línea recta hasta llegar al sitio conocido con el nombre de **Paso de los Indios**, en el río de San Sebastián o de la Fundación, observando aquí la presencia de un mojón de concreto, que parece haber sido arrancado de un lugar próximo y tirado a la margen derecha de este río.

'Aunque la existencia de aquel cauce antiguo posee el valor de un lindero arcifinio, de atributos inamovibles, y por tanto determinantes, con la muy significativa circunstancia de la explícita noticia que de él se da en la resolución de adjudicación, quedó planteado para nosotros—en nuestro prurito analítico—un problema de hermenéutica, originado en la alinderación que da el señor Fiscal de ese Tribunal del lote de terreno que, como baldío reclama la Nación, en la cual alinderación figura como lindero **Nordeste** de aquel lote, y se excluye del perímetro de **Las Flores** el trayecto del río de Los Ingleses, comprendido entre la confluencia de éste con la quebrada **Macaraquilla** y la confluencia del mismo con el cauce viejo del río de San Sebastián o de la Fundación, confluencia y cauce—éstos—que integran el lindero Noroeste de las tierras de **Las Flores**, según el plano y la resolución de adjudicación. Para resolver ese problema apelámos a dos recursos: a la verificación de la línea del lindero de **Las Flores**, que se da sobre el nombrado cauce viejo, y al cálculo del área que resultare adoptando esta línea colindante, para inquirir, mediante las operaciones de cálculo, si con esa línea se encierra el área que corresponde a la adjudicación de **Las Flores**.

'Con tal propósito verificámos, a rumbo y distancia, con brújula y pedómetro, la línea del cauce viejo, desde la **Desembocadura de Macaraquilla**—que dice la copia del plano de adjudicación—hasta el **Paso de los Indios**, en el río Fundación, y obtuvímos, deduciéndola gráficamente de la trayectoria que recorrimos, una distancia rectilínea de cinco mil seiscientos cincuenta metros (5,650 m., despreciando fracciones), con rumbo magnético Sur, 7° Oeste, que concuerda muy aproximadamente en orientación y longitud, con la que figura en la copia del plano original de adjudicación. Adoptando esta línea como lindero Noroeste de las tierras de **Las Flores**, previa inspección y verificación ocular sobre el terreno del lindero llamado **Sureste**, cerca de los desparramaderos del río de San Sebastián o de la Fundación, en el paraje denominado **Corralito**, procedimos al cálculo del área del globo de terreno limitado por esa línea y las demás que dan el plano y la resolución de adjudicación, y sirviéndonos de un planímetro, aplicado a las líneas limítrofes que da el plano, obtuvimos un área de treinta y cuatro millones veinticinco mil (34.025,000) metros cuadrados, o sean tres mil cuatrocientas dos (3,402) hectáreas, en números redondos, que resulta muy aproximadamente la que corresponde a la adjudicación del terreno de **Las Flores** (33-86 hectáreas). De donde dedujimos que cualesquiera que sean las nomenclaturas que reciban las quebradas y confluencias de unas con otras, que aparezcan en el lindero **Nordeste** de las tierras de **Las Flores**, la línea señalada con el cauce antiguo del río de San Sebastián o de la Fundación y la prolongación de ella hasta el **Paso de los Indios** en este río, es la que forma el lindero Noroeste de las expresadas tierras, y como hasta

allí alcanza la ocupación efectiva y material que la United Fruit Company tiene en los terrenos de **Las Flores**, dejámos absuelto afirmativamente el punto primero del cuestionario.

'Este análisis y la conclusión sobre área a que él conduce, excluye la confusión de la línea del cauce con otra cualquiera, aun suponiendo que careciese de la cualidad de lindero arcifinio que posee, porque la localización que tiene en el terreno es necesaria para delimitar con ella el área superficial que la resolución de adjudicación concede al globo de terreno de **Las Flores** una línea que vaya desde la confluencia del río de Los Ingleses y la quebrada **Macaraquilla** hasta el **Paso de los Indios**, en el río Fundación, línea que, no obstante su imprecisión, parece ser la que se pone como linderos **Sudeste** y **Sudoeste**, del terreno que, como baldío, reclama la Nación, se obtiene por esa línea, en el plano de la adjudicación una orientación Sur, 77° Oeste, quedando para el terreno de **Las Flores**—en la hipótesis que analizamos—un área superficial muy inferior a la que fija la resolución de adjudicación, conclusión ésta que rechaza la posibilidad de esta línea.

'Queremos explicarnos más aún, señor Magistrado: en tratándose de un lindero notoriamente arcifinio como lo es el del cauce viejo, tántas veces mentado, la constatación de la existencia real de éste pudo relevarnos del análisis y de las consideraciones que dejamos expuestos, pero como en las documentaciones y argumentaciones de las partes—la Nación y la United Fruit Company—se habla de dos confluencias, y la adopción de una u otra, como arranque de la línea del lindero Noroeste del terreno de **Las Flores**, parece ser origen de la controversia en que tenemos el honor de intervenir como peritos, hemos querido llenar los medios de análisis que puedan conducirnos a conclusiones que se ajusten a la justicia y a la serenidad de juicio. Con idéntico ánimo entramos ahora a ampliar el concepto que emitimos acerca del punto sexto, y lo hacemos en la forma siguiente:

'Según la descripción de linderos que en ese numeral se hace del globo de terreno cuyo deslinde pidió el señor Fiscal de ese Tribunal, ese globo, como se desprende de nuestros razonamientos precedentes, queda dentro de los linderos que demarcan las tierras de **Las Flores**, dado que allí se pone como línea limítrofe por el **Nordeste** del globo en cuestión, la extensión del río de Los Ingleses, comprendida 'desde la desembocadura de la quebrada **Macaraquilla** con el río de Los Ingleses, por el curso de este río, abajo, hasta que entra en tierras de Santander' (copiamos textualmente), y ya dejamos sentados nuestros puntos de apreciación para establecer que este trayecto del río de Los Ingleses hace parte integrande (sic) del lindero Noreste de **Las Flores**, por cuanto éste se prolonga hasta la confluencia del nombrado río (que posee también los nombres de **Quebrada Macaraquilla** y **Río de Las Playitas**), con el cauce antiguo del río de San Sebastián o de la Fundación. Se vigoriza nuestro juicio en tal sentido, con el hecho de que el globo de terreno descrito por el señor Fiscal, no aparece alinderado por el Sudeste y Sudoeste por ninguna línea distinguida con cauce antiguo de algún río; si el lindero de una de esas orientaciones tuviera el distintivo de coincidir con un 'canal antiguo de San Sebastián o de la Fundación,' habría que concluír, por simple lógica de hechos circunstanciales, en que el globo en referencia quedaba fuera del terreno de **Las Flores**; pero la omisión del dato del cauce viejo—valga la repetición—y el hecho de tomarse la confluencia de la quebrada **Macaraquilla** y el río de Los Ingleses como vértice de los linderos Nordeste y Sudeste del globo que reclama el señor Fiscal, determina para estos linderos una localización situada dentro de las tierras de **Las Flores**.

'En las líneas anteriores, señor Magistrado, dejamos expuestos—quizá con exceso de disertación—los fundamentos que sustentan nuestras conclusiones sobre los temas comentados. Réstanos satisfacer lo concerniente a los puntos cuarto y quinto del cuestionario, lo cual haremos con la concisión que cumple a simples datos numéricos de extensión superficial, adelantando la declaración de que en todas las ideas, razonamientos y conclusiones que hemos manifestado en el desempeño del cargo de peritos con que fuimos investidos, hemos estado en perfecto acuerdo.

'Los puntos cuarto y quinto los absolvemos así:

'La extensión del globo de terreno de **Las Flores**, por los linderos que indica el ordinal 1° del cuestionario, es —como dijimos atrás—de tres mil cuatrocientas dos (3,402) hectáreas aproximadamente (cálculo hecho con planímetro, después de establecer, como quedó explicado en su debido lugar, la concordancia de la copia del plano de adjudicación con los linderos efectivos del terreno). En esa extensión hay unas mil doscientas (1,200) hectáreas incultas en la actualidad, de las cuales hay unas seiscientas (600) hectáreas que ofrecen señales evidentes de cultivos anteriores, señales que fueron constatadas por todos los que intervinieron en la inspección ocular.

'Para mejor ilustración de las ideas consignadas en este informe, nos permitimos acompañar un croquis demostrativo de los linderos del terreno de **Las Flores** y de los accidentes de mayor notoriedad que allí se encuentran.'

"Ahora bien: el artículo 730 del Código Judicial vigente, da el valor de plena prueba a la inspección ocular, cuando versa sobre 'hechos y circunstancias observadas por el Juez.' En cuanto al dictamen pericial, su fuerza probatoria se aprecia conforme al capítulo de peritos.

"Hace también plena prueba el dictamen uniforme de los peritos—dice el artículo 722 del Código Judicial—sobre hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan, según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos.

"Fuera de los casos mencionados en los artículos anteriores—dice el 723—la fuerza probatoria del dictamen pericial en cuanto a las presunciones, inferencias, juicio y deducciones que hagan, se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos...., y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

"Como se ve, en el dictamen pericial que se ha copiado antes, hay hechos que los peritos apreciaron por medio de los sentidos, como son el que se refiere a la verdadera situación del cauce antiguo del río San Sebastián, en donde desemboca la quebrada **Macaraquilla**, y la ocupación material que la United Fruit Company tiene en **Las Flores**. Por consiguiente, corresponde aplicar a esta faz del peritaje la regla del artículo 722 del Código Judicial.

"En cuanto a las conclusiones a que llegan, sacadas de inferencias fundadas en su especialidad científica, cabe

la aplicación del artículo 723 del Código ibídem, es decir, que el juzgador debe apreciarlas conforme a la sana crítica, entre otras consideraciones.

"En efecto, tomando como base el plano de **Las Flores**, cuya autenticidad es inobjetable, el globo de terreno que el señor Fiscal considera baldío y respecto del cual solicita el deslinde, no es otro que una porción integrante de las mismas **Flores**, porque si se párte de la entrada de la quebrada **Macaraquilla** al río de Los Ingleses (la United Fruit Company dice que es el río el que entra en la quebrada), hasta encontrar las tierras de **Santa Ana** (lindero Nordeste); se sigue por estas últimas tierras **(Santa Ana)**, lindero Noroeste, y se señalan como límites Sudeste y Sudoeste las tierras de **Las Flores**, lógicamente se concluye que el baldío mencionado comprende la parte alta de este último predio.

"Más claro: si el baldío que reclama el señor Fiscal no estuviera comprendido dentro de **Las Flores**, a deducir por su delimitación debería tener, si se halla del lado de **Santa Ana**, estos linderos: Noroeste, terrenos de **Santa Ana** (que fueron de Catalina Munive); Nordeste, **Las Flores**; Sudeste, las mismas **Flores**, y Sudoeste, tierras de **Santa Ana.**

"Si en vez de estar del lado de **Santa Ana**, el baldío se halla del lado opuesto, es decir, en el límite Nordeste y Sudeste de **Las Flores**, entonces su alinderación debería ser la siguiente: Noroeste y Sudoeste, **Las Flores**; Nordeste y Sudeste, los terrenos que quedasen a la izquierda de la orientación corriente, Norte y Sur."

Refuerza esta conclusión del Tribunal, el siguiente concepto del Jefe de la Comisión de Baldíos, doctor E. Potes, emitido en la primera diligencia de inspección ocular practicada en **Las Flores**. Dice así:

"Que en su concepto, atendido el aspecto que ofrece el cauce, considerado como antiguo del río Fundación (San Sebastián) en la presente acta; habida la circunstancia de no existir otro cauce que corresponda a los detalles consignados en la resolución sobre adjudicación de los terrenos de **Las Flores**, y por la posición de los mojones que determinan la recta que une el mojón número ocho (8) en la orilla del cauce antiguo con el punto llamado el **Paso de los Indios**, en el río Fundación, parece corresponder lo recorrido a lo largo del cauce en mención, al lindero Noroeste de **Las Flores**, pero que por el texto mismo de la resolución de adjudicación precitada y por el alinderamiento indicado por el ingeniero que practicó la división material del terreno de **Las Flores**, el lote baldío a que se refiere debe estar comprendido entre el cauce antiguo del río Fundación y el lindero Sureste del globo de **Santa Ana**, el cual globo baldío sólo quedaría determinado exactamente por medio de la verificación del área del globo de **Santa Ana** y de la localización del lindero Sureste del mismo." (Inspección ocular, folios 56 vuelto y 57).

"De lo expuesto antes por el propio Jefe de la Comisión de Baldíos, se desprende de modo claro que el globo de tierra, si en verdad existe, como lo afirma el Fiscal, debe quedar situado "entre el cauce antiguo del río Fundación y lindero Sureste de **Santa Ana**," de ningún modo en la entrada de la quebrada **Macaraquilla** al río de Los Ingleses (o a la inversa, como dice la United), por un lado y las tierras de **Santa Ana** por el otro, porque entonces queda involucrado en esa alinderación el terreno **Las Flores**, que es, según el plano, el enmarcado en esos límites.

"Así las cosas, el Tribunal considera que el croquis presentado por los ingenieros, corriente a folio 64 del cuaderno 3º, es la expresión real del lindero puesto por el Fiscal al globo de baldío que se pretende deslindar, y en esa virtud este globo queda comprendido en el propio de **Las Flores**, y las conclusiones a que han llegado aquellos expertos en relación con el hecho 3º de la oposición, están ajustadas a la verdad, y tienen, por tal motivo, el carácter de plena prueba."

Segunda. El señor Procurador General de la Nación, por su parte, dice lo siguiente en su vista emitida ante la Corte:

"Como la United Fruit Company no se limitó a contradecir el deslinde, sino que impugnó en el fondo la demanda misma de apeo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 272 de la Ley 105 de 1890, entonces vigente, se tramitó el juicio ordinario que ordena la citada disposición.

"El hecho fundamental alegado por la Sociedad demandada, consiste en sostener que el globo de terreno que consideró como baldío el señor Fiscal del Tribunal de Santa Marta, y cuyo deslinde solicitó del predio de **Las Flores**, pertenecía a la misma Sociedad demandada, y que, por lo tanto, no tenía el carácter de baldío, porque había salido legalmente del patrimonio del Estado.

"La prueba que de este hecho presentó la Compañía demandada fue completa. En efecto: la United Fruit Company adujo una serie de títulos escriturarios, con los cuales estableció que era dueña del terreno que el veintiséis de agosto de mil ochocientos noventa y cinco el Gobierno Nacional había adjudicado a los herederos de Francisco Durán, con una cabida de tres mil trescientas ochenta y cinco hectáreas y seiscientos ochenta y seis metros cuadrados, conocido con el nombre de **Las Flores**. Por medio de una inspección ocular practicada por el Tribunal, y de exposiciones periciales que no dejan la menor duda, se comprobó plenamente que el lote reputado como baldío en la demanda del señor Fiscal, forma parte integrante del globo adjudicado a los herederos de Durán, y que la Sociedad demandada adquirió por títulos de indiscutible autenticidad.

"Tan evidente es esa prueba, que el mismo señor Fiscal, autor de la demanda, en su alegato de conclusión de treinta de junio de mil novecientos treinta y uno (folio 84), dijo:

'Basado en la alinderación que da el título de **Las Flores**, en donde se dijo al describir el lindero Noroeste: 'dejando a la derecha un globo de terreno baldío, se inició esta acción de deslinde con la United Fruit Company, dueña de **Las Flores**; y aunque en el plano general que acompaña a los títulos de este terreno, se puede observar que el globo de tierras que desea deslindar quedaría a la derecha de la línea descrita en el lindero Noroeste, en la inspección ocular practicada por el señor Magistrado sustanciador con los peritos ingenieros doctores Romero Barrios y Zapata García, resultó el globo de tierras baldías dentro de los linderos del terreno de **Las Flores**, de la United Fruit Company, y en este evento a que debo inclinarme por la competencia y honorabilidad de los miembros de la inspección no debe practicarse el deslinde, porque esta acción no tiene cabida sino cuando se quiere deslindar dos propiedades de distintos dueños,

y aquí resulta que tanto el globo de tierras indicado, como los terrenos de **Las Flores**, son de un mismo dueño.'

"De acuerdo con aquellas pruebas y con estas manifestaciones, el Tribunal Superior de Santa Marta, en sentencia de diez de julio del corriente año, declaró que no hay lugar a decretar el deslinde pedido por el señor Fiscal, y que el globo de tierra señalado por éste como baldío, está comprendido en el globo de **Las Flores**, y por lo tanto, corresponde a la United Fruit Company.

"Ante tales hechos, esta Procuraduría carece de todo fundamento para pedir a esa honorable Sala de Negocios Generales la revocación o modificación de la sentencia a que me refiero, que fue apelada por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta."

Clara como aparece la cuestión; disipadas las dudas que los representantes de la Nación tuvieron acerca de la condición jurídica del terreno que se pretendió deslindar; admitida por ellos mismos la propiedad que asiste sobre el lote mencionado en favor de la Compañía demandada, a la Corte no le corresponde otra cosa que reconocer esta situación, y por ello, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida y de la cual se ha hecho mérito.

Sin costas, por no haber lugar a decretarlas.

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

JENARO CRUZ V.—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero veinticuatro de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En memoriales de fechas primero y tres de los corrientes mes y año, el señor Abel Rey Suárez pide a esta Superioridad que se aumente el canon de su pensión de jubilación "a la suma de cien pesos mensuales, ya que ello es conveniente para el decoro del Estado, por cuanto es necesario que sus servidores no carezcan de la **congrua** subsistencia, ya que esta petición es de estricta justicia y está basada en las disposiciones de la ley."

Y agrega que fue pensionado por sentencia de esta Sala, de fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y dos, por la cual se le reconoció como cuantía mensual la cantidad de ochenta pesos, y que por lo tanto, "ante vosotros me presento—dice—para solicitar respetuosamente os dignéis decretar el aumento de la cuantía de la pensión mensual que vengo disfrutando por cuenta del Erario Nacional, en la suma de veinte pesos ($ 20) mensuales."

La Corte, para resolver lo que se estima jurídico en orden a la demanda instaurada, tiene en cuenta:

Primero. El actor funda su demanda en los términos del precepto contenido en el primer inciso del artículo 3º de la Ley 37 de 1933, según el cual "las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto de carácter legislativo, quedarán nuevamente en la cuantía señalada por las leyes."

Observa la Corte que la expresión **"rebajadas por decreto de carácter legislativo,"** comprende sólo a las pensiones que excedieran la cuantía allí fijada, ya que el Decreto legislativo número 136 de 1932, artículo 9º, inciso 1º, dice:

"Desde la publicación del presente Decreto ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional será mayor de $ 80 mensuales."

De donde se deduce que la pensión reconocida al señor Rey Suárez no fue afectada por el Decreto en estudio, y, por tanto, no queda comprendida dentro del inciso 1º del artículo 3º de la Ley ya citada. Sin duda fue el respeto a la autoridad de la cosa juzgada lo que movió al legislador a dictar tal precepto, pero en el caso de que aquí se trata, la pensión no sufrió menoscabo alguno por virtud de los decretos legislativos.

Segundo. Afirma el señor Rey Suárez que "el artículo 1º de la Ley 80 de 1916 tiene carácter general, y no puede ser aplicado para las pensiones de maestros de escuela. A vuestro claro criterio no se oculta que esa imposibilidad está demostrada en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887—incorporado en el Código Civil vigente—y que a la letra dice:

. . . . . .

'Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

'1ª La disposición relativa a un asunto especial se prefiere a la que tenga carácter general.....'

"Es claro que la interpretación jurídica de la disposición citada demuestra que las disposiciones legales de carácter especial deben ser modificadas o derogadas en concreto, y no por mandatos de carácter general.

"La evidencia de la veracidad de la afirmación anterior resalta con el Decreto ejecutivo número 136 de 1932, porque esa disposición vino a rebajar la cuantía de las pensiones decretadas en virtud de leyes especiales, pues las decretadas por leyes de carácter general ya habían sufrido en su cuantía—según los casos—una rebaja a $ 80, en virtud de lo dispuesto en la referida Ley 80 de 1916."

Se contesta:

Esta Sala de la Corte en sentencia de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos treinta y uno, con el voto disidente del actual ponente, resolvió:

"En conformidad con el artículo 6º de la Ley 116 de 1928, 'los empleados y profesores de las escuelas normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan.'"

Para el efecto de determinar la cuantía de la pensión se tiene en cuenta:

"Establece el artículo 2º de la Ley últimamente citada, que la cuantía de la pensión será la mitad del promedio del sueldo devengado durante los dos últimos años de servicio. Vino posteriormente la Ley 80 de 1916, y dispuso en su artículo 1º lo que sigue:

'Ninguna pensión que se reconozca a cargo del Tesoro Nacional, excederá en lo futuro de ochenta pesos ($ 80) mensuales.'

"Este texto legal, dada la generalidad de los términos y lo imperativo de ellos, vino a reformar todas las disposiciones anteriores referentes a la manera de determinar la cuantía de las pensiones, ya se trate de empleados civiles, ya de militares, ya de miembros del Poder Judicial. Así lo ha entendido de manera constante la Corte; pues en repetidas ocasiones ha dado aplicación al

límite máximo fijado por el legislador de 1916, aun tratándose de Magistrados de la Corte Suprema, y a pesar de que el artículo 3º de la Ley 112 de 1907 fijó la cuantía de la pensión de éstos en cien pesos mensuales.

"Ha habido, es verdad, algunas excepciones a la regla que señaló el límite de los ochenta pesos, tales como la establecida en la Ley 75 de 1925, que regula el sueldo de retiro de los oficiales del Ejército.

"Pero por lo mismo que estas disposiciones son de excepción, requieren una interpretación restrictiva, y no pueden, por tanto, extenderse a casos distintos de los contemplados por el legislador.

"Cierto es también que el artículo 1º de la Ley 102 de 1927, al decretar el aumento de pensiones reconocidas con anterioridad a dicha Ley, traspasó el límite de que se viene hablando, pues dispuso que las pensiones de ochenta pesos o más, sin llegar a ciento veinte, fueran aumentadas en un diez por ciento. Mas como esta es otra excepción, precepto del artículo 1º de la Ley 80 de 1916, demanda también interpretación restrictiva, y no puede, por lo mismo, aplicarse no tratándose de aumentar pensiones ya reconocidas.

"No cabe decir que la disposición de la Ley 80 de 1916 hubiera sido derogada por la Ley 78 de 1926, al establecer en su artículo 12 que quedaban derogadas todas las leyes contrarias a ella, ya que ninguna de las disposiciones de la citada Ley 78 contradice lo establecido en el artículo 1º de la Ley 80 de 1916, pues si bien el artículo 1º establece un aumento en ciertas pensiones, ninguna de las pensiones allí aumentadas excede de ochenta pesos.

"Tampoco puede invocarse el artículo 6º de la Ley 116 de 1928, que dispone que 'los empleados y profesores de las escuelas normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación, en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan,' por cuanto que entre las disposiciones que complementan la Ley mencionada, se cuenta el artículo 1º de la Ley 80 de 1916 que, como ya se vio, fijó en ochenta pesos el límite máximo de las pensiones que en lo futuro se reconocieran a cargo del Tesoro Nacional."

Lo anteriormente expuesto patentiza que con anterioridad al Decreto ejecutivo número 136 de 1932, la Corte había sentado como norma, que las pensiones que se reconocieran a todos los servidores no podrán exceder de ochenta pesos mensuales, excepción hecha de los militares, por tener legislación especial.

Tercero. Tampoco tiene aquí aplicación lo dispuesto por el artículo 483 del Estatuto Procedimental, según el cual "toda resolución judicial en que se haya incurrido en un error puramente aritmético, es corregible en cualquier tiempo por el mismo Juez que la pronunció, de oficio, o a solicitud de parte, en cuanto al error numérico cometido," ya que, como está demostrado, en la apreciación de la cuantía de la pensión reconocida al señor Abel Rey Suárez hubo ausencia de equivocaciones aritméticas.

Finalmente, en parte alguna de la extensa legislación sobre pensiones pagadas por el Tesoro Nacional, se habla de congrua subsistencia, y, por tanto, no es menester analizar tal reparo.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a revisar la sentencia de que aquí se trata, ni a decretar el aumento solicitado por el señor Abel Rey Suárez.

Notifíquese y cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívense las diligencias.

JENARO CRUZ V.—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo primero de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Por virtud de las Leyes 10 de 1882 y 68 de 1890, el actual Departamento de Boyacá, como sucesor del Estado Soberano del mismo nombre, adquirió a título de auxilio para la construcción del camino de Occidente, cien mil hectáreas de tierras baldías, ubicadas en el llamado Territorio Vásquez.

La Ley 96 de 1896 confirmó la Resolución del Ministerio de Hacienda, de fecha cuatro de abril de mil ochocientos noventa y tres, en virtud de la cual se adjudicaron a dicho Departamento las mencionadas cien mil (100,000) hectáreas de tierras baldías en el Territorio Vásquez.

Por resoluciones procedentes del Ministerio de Obras Públicas, confirmatorias de aquella adjudicación, posteriormente se declaró que el Departamento de Boyacá, si propietario del suelo, no lo es de los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo de las cien mil hectáreas dichas, pero sí se le reconoce el derecho preferente establecido en el artículo 17 de la Ley 120 de 1919, para celebrar los contratos de arrendamiento sobre las cien mil hectáreas de baldíos, imponiéndole la obligación de localizar éstas sobre el terreno, en lote continuo, según lo estableció la Ley 29 de 1921.

Para satisfacer esta exigencia legal, las Ordenanzas de la Asamblea de Boyacá, números 31 de 1920 y 37 de 1921, dispusieron que el Ejecutivo Departamental verificara por administración o por contrato el estudio geológico en la dicha zona de los yacimientos o depósitos de hidrocarburos que allí pudieran existir, y el levantamiento del plano topográfico y geológico correspondiente. Y en esta virtud, la Gobernación lanzó al público el respectivo llamamiento o pliego de condiciones correspondientes, señalando las bases para un contrato sobre explotación de hidrocarburos en el Territorio Vásquez; y aunque hubo varias propuestas, y no osbtante que el Gobierno por su parte hizo considerables gestiones encaminadas a conseguir un geólogo que directamente explorara el Territorio por cuenta del Departamento, al fin, haciendo uso de las autorizaciones de la Ordenanza número 37 de 1921, ya citada, celebró el siguiente contrato con la Sociedad Colombiana de Fomento, que fue aprobado tanto por la Junta de Hacienda como por la Junta Asesora, organizada al efecto, y también por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que lo halló de acuerdo con el mandato contenido en la Ordenanza dicha.

Tal contrato, en su parte esencial, declara.

"Por todas estas consideraciones y otras más que sería largo enumerar, para hacer eficaces los derechos del Departamento, para cumplir el propósito de la Ordenanza 31 de 1920, respecto de contratos de explotación en forma que sea comercial y económica, y para poder perfeccionar tales contratos en el tiempo y forma que previenen

la ley y las resoluciones administrativas citadas, hemos ajustado el siguiente contrato:

"Primero. La Sociedad se obliga a hacer estudiar por su cuerpo de geólogos los baldíos del Territorio Vásquez, con el objeto de descubrir y localizar los yacimientos de petróleos que puedan hallarse en ellos, y cuya explotación sea comercial; el descubrimiento y localización de los yacimientos los mantendrá la Sociedad en absoluto secreto, y sólo los hará saber al Gobierno del Departamento o a la persona que éste indicare.

"Segundo. La Sociedad se obliga a que su cuerpo de geólogos levante los planos geológicos y topográficos de los yacimientos que descubra en tales regiones, con el respectivo dictamen técnico, que debe estar conforme a las prescripciones dictadas o acostumbradas en el Ministerio de Obras Públicas para las propuestas de contratos de hidrocarburos, todo lo cual habrá de estar listo, a más tardar el treinta y uno de diciembre próximo, para ser entregado al Gobierno en la ciudad de Tunja.

"Parágrafo. Es entendido que si de las exploraciones preliminares de los geólogos resultare que no se halla indicación de yacimientos en condiciones comerciales, no habrá lugar a levantamiento de planos topográficos ni geológicos, pero en todo caso la Sociedad queda obligada a suministrar un informe detallado y exacto del resultado de las exploraciones geológicas a que este contrato se refiere.

"Tercero. El Gobierno de Boyacá iniciará inmediatamente y tan pronto como se hayan empezado los estudios de exploración geológica, las diligencias de mensura y demarcación de las cien mil hectáreas que le corresponden en el Territorio Vásquez, para obtener títulos definitivos y localización perfecta de su propiedad, y para confirmar el derecho de preferencia que tiene ante el Gobierno Nacional en contratos de explotación de hidrocarburos, o para definir su derecho de propiedad del suelo y del subsuelo, si la Corte Suprema confirma la reclamación intentada respecto de la fecha en que debe comenzar a regir la reserva legal a favor de la Nación.

"Cuarto. Hecha la exploración geológica, si la Sociedad quisiera tomar el contrato de explotación en los términos señalados en los artículos 8º, 9º y 10 de la Ordenanza 31 de 1920, el Gobierno le concede dicha opción, para confirmar la cual, tendrá la Sociedad un término de un mes después de adjudicado el contrato o contratos a favor del Departamento por el Gobierno Nacional. En el caso de que se reconozca a favor del Departamento la propiedad del subsuelo, la opción que hoy se otorga será confirmada el primero de marzo de mil novecientos veintidós.

"Quinto. La Sociedad, en caso necesario, se obliga a respaldar la propuesta de arrendamiento que haga el Gobierno a la Nación, siempre que los estudios de exploración hayan sido satisfactorios; pero es entendido que las prestaciones de que tratan los artículos 8º, 9º y 10 de la Ordenanza 31, no las hará la Sociedad sino en el plazo señalado ya.

"Sexto. Si la Sociedad hiciere el contrato de explotación, no cobrará nada al Gobierno por el estudio de exploración, presentación de planos, etc.; pero si no lo hiciere, y el Gobierno contratare con otra persona o entidad, la Sociedad tendrá derecho al uno por ciento del producto bruto de la explotación de los yacimientos descubiertos por la Sociedad, y así lo hará constar en los contratos respectivos que haga el Gobierno para tal explotación.

"Séptimo. La exploración empezará en el Territorio y se iniciará en los primeros veinte días del mes entrante.

"Octavo. La Sociedad responde, en caso de falta de cumplimiento de sus obligaciones, por una multa de cinco mil pesos ($ 5,000), y de los perjuicios que se causen al Departamento.

"Noveno. El presente contrato puede declararlo caducado administrativamente el Gobierno de Boyacá:

"1º Si no se da principio a los trabajos de exploración en los primeros veinte días del mes entrante.

"2º Si se suspenden esos trabajos por un término mayor de un mes.

"3º En el caso determinado en el inciso b) del artículo 41 del Código Fiscal de la Nación.

"Décimo. Para responder de las obligaciones que contrae, la Sociedad dará un fiador mancomunado y solidario, a satisfacción del Gobierno, en la escritura de que se habla adelante.

"Undécimo. . . . . .

"Duodécimo. El presente contrato debe ser aprobado por el Gobierno del Departamento, por la Junta de Hacienda, por la Junta Asesora, y debe ser revisado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

"Décimotercio. Debe ser aprobado también por la Junta Directiva de la Sociedad, en el curso de los tres días siguientes a la aprobación de la Junta Asesora; y

"Décimocuarto. . . . . ."

Este contrato lleva fecha diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, y las disposiciones que en él se citan de la Ordenanza 31 de 1920, son de este tenor:

"Artículo 8º El Gobierno podrá negociar sin necesidad de ulterior aprobación de la Asamblea, los derechos que tenga o pueda tener el Departamento sobre los hidrocarburos y sobre los derechos preferenciales, según las leyes, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

"a) Que la persona o entidad con quien se negocie, suministre inmediatamente un empréstito hasta de trescientos mil pesos ($ 300,000) para la construcción del camino de Occidente, para los gastos de mensura y levantamiento de planos, para los primeros gastos de colonización del territorio y para los gastos que ocasione el cumplimiento del artículo 4º de la Ley 20 de 1919.

"b) Que la participación en el producto bruto que se obtenga como utilidad en la explotación de los petróleos, no sea menor del tres por ciento (3 por 100), con aumento progresivo; y

"c) Que el tipo del interés del empréstito no sea mayor del diez por ciento (10 por 100) anual, ni el fondo de amortización mayor del dos por ciento (2 por 100).

"Artículo 9º En el contrato respectivo se expresará la condición de que si el Contratista no iniciare la exploración dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se firme el contrato, o no la terminare dentro del año siguiente a la misma fecha, o no iniciare la explotación dentro de los tres años siguientes a la misma fecha, o si iniciada la explotación la suspendiere por un

término de seis meses, o si no diere a la explotación la intensidad proporcionada a la capacidad de los yacimientos, pagará al Gobierno una multa de cien mil pesos ($ 100,000), sin perjuicio de que el Gobierno pueda declarar administrativamente la caducidad del contrato.

"Artículo 10. Entiéndese que en ningún caso se podrá contravenir a la Ley 120 de 1919, sobre **yacimientos o depósitos de hidrocarburos,** y establécese en general que, entre las obligaciones del Contratista deben figurar todas aquellas que el Departamento contraiga para con la Nación en estos negocios, así por ley como por contrato; por consiguiente, el Gobierno podrá declarar administrativamente la caducidad del contrato en los mismos casos en que pueda hacerlo la Nación en los contratos que celebre con el Departamento.

"Artículo 13. En la celebración de los contratos de que trata esta Ordenanza, el Gobierno se asesorará de la Junta de la Carretera del Carare, que para el efecto se aumenta en dos miembros más, elegidos por la Asamblea."

Aprobado el contrato de que se habla, y elevado a escritura pública, la Sociedad comprometida empezó a ejecutarlo. Empero, como estimara que no le era posible entregar los planos a que se había obligado el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno, solicitó al Gobernador del Departamento ampliación del término para completar los planos geológicos hasta el treinta y uno de enero siguiente, "con el objeto, por consiguiente, —dice— de que el estudio sea lo más profundo, y de que el Departamento beneficie en toda su integridad cuanto haya de prometedor en el Territorio Vásquez"; y el Gobernador, con fecha nueve de diciembre siguiente, dispuso tomar el parecer de la Junta Asesora respecto de la solicitud de la prórroga, que se hallaba ya coadyuvada por la Sociedad Colombiana de Seguros, en su carácter de fiadora.

El Presidente de la Junta mencionada dirigió al señor Gobernador del Departamento un oficio, en el cual le comunicó que el concepto unánime de los miembros presentes de ella, acerca de la conveniencia o inconveniencia de acceder a la petición de prórroga, era el de que la prórroga fuera concedida mediante la formal y expresa condición de que no se novara el contrato, y de que subsistieran sin modificación alguna las obligaciones del fiador solidario constituído en él, y el señor Gobernador, al pie de la nota dicha, por escrito declaró que, oído el concepto favorable de la Junta Asesora, concedía la prórroga solicitada, y en la misma fecha (diciembre veintiséis), el Secretario de Hacienda dirigió el siguiente telegrama:

"Cárburos—Bogotá.

"Recibidas notas de 23 y 29 (sic) concedida prórroga. Usted verá si basta simplemente constancia pie escritura, o si debe hacerse constar por nueva escritura."

En la misma fecha, veintiséis de diciembre, el señor Gerente contestó:

"Acabo de recibir el apreciable telegrama de esa Superioridad, concediendo la prórroga hasta el 31 de enero próximo para la conclusión de los estudios geológicos en el Territorio Vásquez. Me parece que con una nota de esa Superioridad, fechada antes del 31 de diciembre en curso, es suficiente formalidad para un contrato consensual, como es el vigente entre el Departamento de Boyacá y la Sociedad Colombiana de Fomento."

Posteriormente, el treinta de noviembre de mil novecientos veintinueve, bajo la firma del señor Gobernador y del señor Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá, aparece dictada la siguiente Resolución:

"Por todo lo cual, el Gobernador del Departamento, en uso de sus facultades legales, y de conformidad con lo estipulado en el inciso 3º de la cláusula novena del contrato de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, celebrado con la Sociedad Colombiana de Fomento,

"resuelve:

"Primero. Declárase caducado administrativamente el contrato celebrado por el Gobierno del Departamento con la Sociedad Colombiana de Fomento, el diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, a que se refiere la parte motiva de esta Resolución, y que fue elevado a escritura pública por medio del instrumento número 1077, de veintisiete de julio, en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá.

"Segundo. Declárase que la Sociedad contratista ha incurrido en la multa de cinco mil pesos ($ 5,000), pactada en la cláusula 8ª del mismo contrato, y que debe indemnizar al Departamento de los perjuicios que le haya causado por la misma razón, o sea por falta de cumplimiento a las obligaciones contraídas por aquel acto.

"Comuníquese y publíquese.

"Dada en Tunja a 30 de noviembre de 1929.

"**Nicolás GARCIA SAMUDIO**—El Secretario de Hacienda, **Eduardo Piñeros y Piñeros.**"

Fundamentos de hecho de la anterior resolución, fueron los siguientes:

"Habiendo conceptuado la Junta Asesora favorablemente a la prórroga, señalando las condiciones de que no se novaría el contrato ni se modificarían las obligaciones del fiador, **mediante una formal y expresa estipulación,** según los precisos términos de la nota del Presidente de la Junta, ya que no hay constancia en acta alguna de ésta, es claro que el Gobierno y la Sociedad han debido pactar la modificación al contrato en alguna forma precisa, en que se hubieran señalado las nuevas obligaciones adquiridas por el contratista, ya por medio de un nuevo instrumento, ya por medio de una constancia al pie de la escritura primitiva, como lo sugirió el Secretario de Hacienda en telegrama de veintiséis de diciembre, o siquiera por la simple nota indicada por el Gerente de la Sociedad en la comunicación del mismo día; formalidades con cualquiera de las cuales se hubiera atendido la voluntad, claramente manifestada por la Junta Asesora, y se hubiera cumplido lo resuelto por el Gobernador, en la misma fecha, de que se hicieran **constar suficientemente** las condiciones en que se concedía la prórroga. Pero es lo cierto que en ninguna de esas formas se pactó la modificación al contrato, que ha debido suscribirse por ambas partes, para que así hubiera quedado constancia de la estipulación, obligatoria para aquéllas, ya que no puede considerarse en manera alguna que reúna tales condiciones la resolución puesta al respaldo de la nota de la Presidencia de la Junta Asesora.

"Y ni aun se dirigió por el Gobernador del Departamento ni por la Secretaría de Hacienda, la nota sugerida, como suficiente formalidad por el Gerente de la Sociedad en su oficio de veintiséis de diciembre, para que hubiera quedado así comunicada la determinación del Gobierno, pues no se halla constancia alguna en los copiadores oficiales de la Gobernación y de dicha Secretaría.

"Tanto más obligatorio era el haber formalizado la modificación al contrato con las estipulaciones indicadas por la Junta Asesora, cuanto que el concepto de ésta tenía tal carácter para el Gobierno, como se desprende de los términos de los artículos 13 de la Ordenanza 31 de 1920 y 5º de la Ordenanza 37 de 1921.

"No habiéndose, pues, pactado la modificación al contrato en forma alguna, la prórroga no quedó concedida legalmente, porque se apartó de las condiciones indicadas por la Junta Asesora y dispuestas por el Gobernador del Departamento, así como también del uso de rigor general cuando se trata de introducir modificaciones a contratos bilaterales elevados a escritura pública, tanto más cuanto que en este caso se trataba de cuantiosos intereses del Departamento. Así, pues, no habiendo entregado la Sociedad al Gobierno los planos y estudios geológicos el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno, en la ciudad de Tunja, y no pudiéndose reconocer legalidad a la concesión de la prórroga de un mes para el cumplimiento de tal obligación, el Gobierno puede declarar caducado administrativamente el contrato, con ajustamiento a la causal tercera de la cláusula novena del mismo acto.

"Pero aun en el caso de que la citada prórroga se hubiere ajustado en un todo a las formalidades a que debió ser sometida, y se le pudieren así reconocer efectos jurídicos, la Sociedad tampoco entregó al vencimiento de tal prórroga, es decir, el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós, al Gobierno en la ciudad de Tunja, los planos y estudios a que estaba obligada, conforme al contrato, como se verá en seguida:

"El veinticinco de enero de mil novecientos veintidós, el Gobernador dirigió un telegrama al Gerente de la Sociedad, diciéndole: 'Ruégole indicarme para cuándo estará listo mapa geológico.....'; a lo cual el señor Gerente, en telegrama de Bogotá, fechado precisamente el día treinta y uno de enero, en que se vencía la prórroga y en que debían ser entregados los planos y estudios en Tunja al Gobierno, contestó así:

'Gobernador—Tunja.

'Planos geológicos, informes técnicos, listos para entregarlos Secretario Hacienda cuando llegue.....

'Sociedad Colombiana de Fomento'

"El siete de febrero siguiente, es decir, siete días después de expirado el plazo de la prórroga, el señor Gerente se dirigió por carta al Gobernador, diciéndole desde Bogotá:

'Según lo anuncié a usted, están listos aquí todos los estudios geológicos.'

"Queda demostrado por los anteriores despachos, que reposan en el expediente oficial respectivo, que la Sociedad no entregó los planos y estudios el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós, y que se proponía entregarlos después en Bogotá, cuando se verificara un viaje del señor Secretario de Hacienda a esa ciudad, hechos éstos absolutamente contrarios a las obligaciones contraídas, y violatorios de las cláusulas respectivas del contrato; pues para haber podido entregar los planos y estudios después del treinta y uno de enero, y en lugar distinto a la ciudad de Tunja, habría sido necesario modificar legalmente el contrato, lo cual tampoco se verificó en forma alguna."

Aparece del expediente sobre este contrato que con posterioridad a la fecha pactada en el mismo acto, "la Sociedad entregó unos estudios elaborados por el Geólogo H. Weisk, que debían servir para la propuesta que el Gobierno presentara al Ministerio de Obras Públicas para obtener la concesión del derecho de explotar, en calidad de arrendamiento, los yacimientos y depósitos de petróleo que se encontraran en los baldíos del Territorio Vásquez, estudios que en copia aparecen en el expediente y que fueron luégo publicados por el Gobierno en mil novecientos veintidós, en un folleto titulado **Territorio Vásquez.** Estos estudios llevan fecha de enero y febrero de mil novecientos veintidós, y van dirigidos no al Gobierno de Boyacá sino al Ministro de Obras Públicas, lo cual comprueba que la Sociedad no cumplió tampoco en esta parte el contrato, cuyas cláusulas la obligaban a entregar dichos planos y estudios en Tunja al Gobierno del Departamento, en la fecha fijada en el mismo contrato, por todo lo cual también está el Gobierno en la capacidad legal de declarar, conforme al inciso 3º de la cláusula novena, la caducidad administrativa del contrato. La falta de cumplimiento del contrato en este particular por parte de la Sociedad, también puede comprobarse por la comunicación de fecha treinta de mayo de mil novecientos veintidós, dirigida por el Gerente al Gobernador del Departamento, en respuesta a un telegrama de éste, en el cual solicitaba se le rindiera un informe sobre la explotación geológica que se hubiera verificado, según el contrato, en la región oriental del Territorio Vásquez, respuesta en la cual dice:

'Hemos recibido su telegrama de fecha de ayer, por medio del cual nos pide usted que le enviemos el informe que haya rendido nuestro Geólogo sobre la explotación geológica que verificó en la región oriental del Territorio Vásquez.

'Con mucho gusto nos referimos a la anterior comunicación, y en respuesta a ella debemos manifestarle que esta Sociedad, con el ánimo de no dejar lugar del Territorio Vásquez que no fuera profundamente estudiado, envió al doctor Fritz Weisk a la región oriental del Territorio Vásquez para que determinara la exploración geológica por allí, pero como resultado de este estudio, el doctor Weisk conceptuó que no había hallado en esa región zonas petrolíferas que pudieran explotarse comercialmente, y continuó sus estudios ya en el Departamento de Santander.....'

"Al doctor Celso Rodríguez se le entregó copia de los materiales presentados al Ministerio, así como copia de los informes técnicos de las 45,000 hectáreas que solicitaron en adjudicación para la exploración de petróleos.

"De manera que se entregaron al doctor Celso Rodríguez, Secretario de Hacienda, copia de tales estudios con posterioridad a la fecha a que obligaba el contrato, y no en la ciudad de Tunja, donde han debido hacerlo al Gobierno conforme a aquél; de donde se desprende que los originales también fueron entregados en las mismas cir-

cunstancias justificativas de la caducidad administrativa del contrato.

"Dado que tales estudios hubieran sido presentados conforme al contrato (lo cual queda demostrado que no fue así), habría también que estudiar si los mismos se ajustaron a las estipulaciones del contrato. La cláusula primera del contrato dice que:

'La Sociedad se obliga a hacer estudiar por su cuerpo de geólogos los baldíos del Territorio Vásquez, con el objeto de descubrir y localizar los yacimientos de petróleo que puedan hallarse en ellos y cuya exploración sea comercial.'

"El siguiente concepto del Ministerio de Industrias, contenido en el oficio número 170, Oficina Nacional de Minas, de seis de diciembre de mil novecientos veintisiete, es suficiente para establecer que los estudios y planos presentados por la Sociedad no se ajustan en manera alguna al contrato:

'Con referencia a las preguntas formuladas en el parágrafo tercero de la comunicación que contesto (nota de la Gobernación, de siete de noviembre anterior), me permito informarle:

'1º No hay constancia de la fecha en que fueron presentados por la Compañía Colombiana de Fomento los estudios y planos del señor Weisk; éstos llevan la fecha de enero y febrero de mil novecientos veintidós, de manera que la presentación debe haber sido posterior a esta fecha; y

'2º Que en los planos del señor F. Weisk no están localizados los yacimientos petrolíferos, y que respecto de la explotabilidad comercial de posibles yacimientos, no se deduce nada en concreto.'

"De suerte, pues, que ni aun suponiendo que tales estudios y planos hubieran sido entregados al Gobierno en la ciudad de Tunja el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno o el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós, podría considerarse cumplido el contrato por parte de la Sociedad; porque en manera alguna reúnen las condiciones pactadas en la cláusula primera del contrato, tanto más cuanto que también se estipuló en el parágrafo de la segunda cláusula, que en caso de no hallarse indicación de yacimientos petrolíferos en condiciones comerciales, no habría lugar a levantamiento de planos, 'pero en todo caso la Sociedad queda obligada a suministrar un informe detallado y exacto del resultado de las exploraciones geológicas a que este contrato se refiere.'

"Este informe en ninguna forma fue ni ha sido hasta hoy presentado al Gobierno. Los informes del señor Weisk, que en copia aparecen en el expediente, y fueron publicados por el Gobierno en el folleto mencionado atrás, están elaborados en términos completamente vagos y deficientes, siendo de notar de modo principal que en cuanto a la obligación primordial del descubrimiento y localización de yacimientos de petróleo, tales informes sobre las cinco distintas solicitudes en que fueron divididos, se hallan redactados como sobre una pauta, así:

'Manifestaciones primordiales.

'En ninguna parte del Territorio Vásquez se ven manifestaciones petrolíferas; pero la prueba de que la formación de La Goajira es petrolífera, está suficientemente demostrada por la existencia de manifestaciones de este género en la banda izquierda del río Magdalena, en el Departamento de Antioquia, en donde aparece esta misma formación, con muy buenas manifestaciones petrolíferas.'

"En manera alguna pueden considerarse estas conclusiones como correspondientes a la obligación de descubrir y localizar los yacimientos petrolíferos que se encontraren en el Territorio Vásquez, concepto que igualmente sustenta el Ministerio de Industrias en el oficio citado atrás, y por lo cual no puede el Departamento aceptarlas como cumplimiento de la respectiva cláusula del contrato, pues del hecho de que en la banda izquierda del río Magdalena hay manifestaciones petrolíferas en territorio del Departamento de Antioquia, no puede deducirse científicamente que en Boyacá también deban presentarse manifestaciones. Por consiguiente, el Gobierno de Boyacá no ha recibido hasta la fecha los estudios completos de descubrimiento y localización, con posibilidad de explotación comercial de los yacimientos petrolíferos del Territorio Vásquez, y a lo cual se obligó la Sociedad Colombiana de Fomento.

"Quedan, en consecuencia, demostrados los siguientes hechos de manera clara y terminante:

"1º Que los planos y estudios geológicos que la Sociedad Colombiana de Fomento se obligó a elaborar de acuerdo con el contrato de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, no fueron entregados al Gobierno en la ciudad de Tunja el treinta y uno de diciembre del mismo año.

"2º Que los planos y estudios geológicos que aparecen entregados por la Sociedad con posterioridad a tal fecha, cuyas copias reposan en el expediente, no reúnen las condiciones estipuladas en el mismo contrato."

Confirmada esta resolución contra el pedimento de revocación, y mediante la de fecha veintidós de agosto de mil novecientos treinta; con fundamento en los hechos anteriores y en el criterio de que la Sociedad Colombiana de Fomento cumplió estrictamente con la obligación de hacer estudiar por su cuerpo de geólogos los baldíos del Territorio Vásquez, con el fin de descubrir y localizar los yacimientos de petróleo; de levantar los planos geológicos y topográficos de esos yacimientos, y planos que "para ser aceptados por el Departamento, deben, a su vez, ser aceptados con el respectivo dictamen técnico en el Ministerio de Obras Públicas," por su conformidad a las prescripciones dictadas o acostumbradas en este Ministerio para las propuestas de contratos de hidrocarburos; de tener listos, a más tardar, el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós, dichos estudios y planos, en virtud de la prórroga del plazo de que antes se habló; de entregar los planos dichos y los informes técnicos al Gobierno Departamental de Boyacá, por voluntad de éste en la ciudad de Bogotá y en la de Tunja, "quien para el objeto a que estaban destinados los planos geológicos e informes técnicos y por la naturaleza de los mismos a que estaban destinados, hubo de variar el lugar, en vez de la ciudad de Tunja, señaló el de Bogotá."

Fundado en estos antecedentes, se repite, y en que el Gobierno de Boyacá aceptó como cumplidas satisfactoriamente, por parte de la Sociedad Colombiana de Fomento, las obligaciones civiles que rezan las cláusulas primera, segunda y quinta del contrato de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, ya que con fecha veintisiete de febrero de mil novecientos veintidós dicho

Gobierno hizo propuesta a la Nación del contrato de arrendamiento para explotar los hidrocarburos del Territorio Vásquez, y acompañó a tal propuesta los planos geológicos y topográficos de los yacimientos descubiertos en tales regiones, y que recibió de la Sociedad Colombiana de Fomento, propuesta de arrendamiento que fue aceptada por la Nación, en virtud de hallarse los estudios y planos geológicos y topográficos completamente de acuerdo con las prescripciones legales, y las dictadas o acostumbradas en el Ministerio de Obras Públicas para las propuestas de los contratos de hidrocarburos; y ya que la Sociedad Colombiana de Fomento prestó el aseguro o respaldo al Departamento de Boyacá en la propuesta que éste hizo a la Nación sobre arrendamiento de los yacimientos de petróleo del Territorio Vásquez, según constancia que lleva fecha dos de agosto de mil novecientos veintiuno, en la póliza respectiva.

Fundado en estos hechos el doctor Miguel de J. Pérez, en su carácter de apoderado de la Sociedad Colombiana de Fomento, en nombre de ella, y en libelo de fecha siete de febrero de mil novecientos treinta y uno, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, demandó al Departamento de Boyacá para que, mediante la tramitación de un juicio civil ordinario de mayor cuantía, se hagan por ese Tribunal, con citación y audiencia del Fiscal Superior (sic) de este Distrito Judicial, en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"Primera. Que está vigente, y obliga entre sí a las partes contratantes, al tenor de sus estipulaciones, el contrato celebrado por el Gobierno del Departamento de Boyacá y la Sociedad Colombiana de Fomento, contrato que consta en la escritura pública número 1071, de fecha veintisiete de junio de mil novecientos veintiuno, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá, con la modificación de que trata el proveído de la Gobernación de Boyacá, y que lleva fecha quince de diciembre de mil novecientos veintiuno.

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaración anterior, no produce (sic) efectos jurídicos en contra del contrato mencionado en la petición precedente, las Resoluciones números 15 y 2, de fechas 30 de noviembre de 1929 y 22 de agosto de 1930, proferidas por la Gobernación de Boyacá, por las cuales se declara caducado dicho contrato, y se declara que la Sociedad Colombiana de Fomento ha incurrido en la multa de cinco mil pesos ($ 5,000), resoluciones que quedan anuladas todas y en cada una de sus partes, y que no han sido jamás aceptadas por mi mandante.

"Tercera. Que la Sociedad Colombiana de Fomento no ha incurrido en la multa de cinco mil pesos ($ 5,000), pactada para el caso de incumplimiento de cualquiera de las estipulaciones del contrato de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno.

"Cuarta. Que se declare en la misma sentencia que la Sociedad Colombiana de Fomento cumplió con las obligaciones civiles pactadas en el contrato de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, especialmente las contenidas en las cláusulas **primera, segunda y quinta** del mencionado contrato.

"Quinta. Que el Departamento de Boyacá se halla en mora, no ha cumplido con las obligaciones pactadas a favor de la Sociedad Colombiana de Fomento, en el contrato celebrado el diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, y elevado a la categoría de escritura pública por instrumento número 1071, de fecha veintisiete de junio de mil novecientos veintiuno; y

"Sexta. Que el Departamento de Boyacá está obligado a pagarle, y se condene a pagarle a la Sociedad Colombiana de Fomento, tres días después de notificada la sentencia, los perjuicios que ésta ha sufrido por causa de las resoluciones citadas en la petición segunda anterior, perjuicios que mi poderdante estima en la suma de veinte mil pesos ($ 20,000) oro; o que se condene al Departamento citado a pagarle a la Sociedad demandante por los perjuicios sufridos por las mencionadas resoluciones, la suma de dinero que se fije parcialmente, en cualquiera de los casos, desde el treinta de noviembre de mil novecientos veintinueve hasta el día de la ejecutoria del fallo que se profiera en este juicio."

Como causa o razón de la demanda, señaló los siguientes:

"Señalo como causa o razón de la presente demanda, el desconocimiento unilateral, el procedimiento injurídico, ilegal e injusto adoptado por el Departamento de Boyacá en las resoluciones atrás nombradas, en contra de los intereses de la Sociedad Colombiana de Fomento, destruyendo, aniquilando con tales resoluciones tanto el vínculo jurídico creado por las partes contratantes, como el derecho específico, claro y preciso surgido a favor de la Sociedad Colombiana de Fomento, a causa del cumplimiento exacto y de buena fe de las obligaciones civiles que contrajo en el citado contrato, y de cuyo cumplimiento obtuvo provecho el Departamento de Boyacá en relación con las propuestas hechas por esta entidad a la Nación, sobre estudios, levantamiento de planos, descubrimiento, localización, etc., etc., de los yacimientos petrolíferos del Territorio Vásquez (a cuyas propuestas acompañó la Sociedad demandate al Departamento), y cuyos trabajos fueron aceptados por la sección correspondiente del Ministerio de Obras Públicas, como obra completa y encajada dentro de las prescripciones legales."

Apoyó esta demanda en las razones de derecho que se contienen en las siguientes disposiciones: artículos 1602, 1603, 1609, 1622, 1546, 1937, 1938 y demás aplicables del Código Civil; 1º de la Ley 95 de 1890; 3º de la Ley 53 de 1909; 929 y demás aplicables del Código Judicial, y la Ley del contrato mismo.

Admitida la demanda, previa la respectiva fianza de costas y la sustanciación del incidente sobre excepciones dilatorias que aparece propuesto por la parte demandada, y que fue fallado en el sentido de declarar infundada la excepción de inepta demanda, sin que aparezca la respuesta que debió dar el señor Fiscal dentro del término señalado en el último fallo, se abrió a pruebas el negocio, se recibieron las que aparecen solicitadas, así como los alegatos respectivos, y previa la correspondiente citación para sentencia, el Tribunal, con fecha ocho de junio de mil novecientos treinta y dos, dictó la de primera instancia, cuya parte resolutiva dice:

"1º No se accede a declarar la nulidad de las resoluciones proferidas por la Gobernación del Departamento de Boyacá, marcadas con los números quince (15) y ocho (8), de fechas treinta de noviembre de mil novecientos veintinueve y veintidós de agosto de mil novecientos treinta, respectivamente; ni se accede a declarar que

está vigente el contrato celebrado por el Gobierno de este Departamento con la Sociedad Colombiana de Fomento, que consta en la escritura pública número 1071, de veintisiete de julio de mil novecientos veintiuno, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá.

"2º En consecuencia, no es el caso de hacer la declaración solicitada en el punto tercero de la demanda.

"3º No es el caso de hacer la declaración a que se refiere la petición cuarta de la demanda, especialmente respecto de las cláusulas primera y segunda del contrato fechado el diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, ya relacionado.

"4º La Sociedad Colombiana de Fomento cumplió la cláusula quinta de la memorada convención, solamente en cuanto ofreció constituirse fiador en la propuesta de arrendamiento hecha por el Gobierno Departamental a la Nación, lo cual no implica la declaración de que los trabajos de exploración geológica hubieran sido satisfactorios.

"5º No es el caso de hacer las declaraciones a que se refieren las peticiones quinta y sexta del libelo, y, en consecuencia, se absuelve al Departamento de Boyacá de los cargos que allí se le formulan.

"6º Por virtud de lo resuelto en el numeral 4º de esta sentencia, no hay lugar a hacer condenación en costas (artículo 575 del Código Judicial)."

Disconforme con este fallo, la parte del actor interpuso recurso de apelación en tiempo hábil, que, legalmente admitido, trajo los autos a esta Sala de la Corte, donde, debidamente tramitado con audiencia de ambas partes, nueva avocación y recepción de pruebas, recibidas las que fueron solicitadas así como los respectivos alegatos, previa citación para sentencia y celebrada la audiencia pública del caso, por cuanto no se observa en el procedimiento causal de nulidad que lo invalide y que deba oportunamente declararse, se pasa a determinar los fundamentos del recurso, teniendo en cuenta estas consideraciones:

Primera. Conocidos los elementos de la controversia, así en los hechos como en el derecho, es oportuno reproducir la apreciación que de ellos hizo el Tribunal sentenciador, como fundamento de su fallo, en estos términos:

Refiriéndose al fundamento de las resoluciones que decretaran la caducidad administrativa del contrato, dice:

"Se fundan aquellas resoluciones en el hecho principal de que la Sociedad contratista no entregó al Gobierno los planos y estudios a que se refiere la cláusula segunda del contrato el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno, en la ciudad de Tunja, y que, por consiguiente, es el caso de aplicar la sanción de caducidad administrativa determinada en el numeral tercero de la cláusula novena del mismo contrato.

"Conviene al respecto fijar algunos conceptos previos, que son de trascendencia en la manera de apreciar los hechos que dieron margen a la caducidad, y en cuya interpretación estriban los encontrados razonamientos que las partes han formulado en el curso de este debate.

"La cláusula novena del contrato estableció en forma perentoria cuatro causales de caducidad administrativa que, por su carácter sancional y unilateral, impone una interpretación restrictiva, considerándolas de aplicación taxativa.

"De tal manera que si las memoradas resoluciones hacen mérito del numeral tercero de la cláusula novena, lo que debe entrar a considerarse es si la Sociedad Colombiana de Fomento entregó o nó los planos y estudios técnicos al Gobierno en la forma estipulada, o sea el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno.

"Mas como la entrega de los planos y estudios técnicos supone que éstos han de venir aparejados en la forma estipulada en las cláusulas que recogieron las obligaciones del Contratista, lógico es conexionar la causal de caducidad aducida por el Gobierno con las cláusulas primera, segunda y quinta del contrato que establecen los deberes de la Sociedad en orden al estricto cumplimiento de la convención (artículos 1622 y 1627 del Código Civil).

"Este concepto se destaca con mayor nitidez, si se tiene en cuenta que la demanda pide la declaración formal de que la Sociedad cumplió con las obligaciones estipuladas en el contrato, sobre cuya base impugna el actor las resoluciones de caducidad.

"Primera causal.

"Que los planos y estudios geológicos que la Sociedad Colombiana de Fomento se obligó a elaborar, de acuerdo con el contrato de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, no fueron entregados al Gobierno en la ciudad de Tunja el treinta y uno de diciembre del mismo año.

"Como se ha visto, según el contrato, la Sociedad de Fomento estaba obligada a entregar los planos y estudios técnicos el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno, en la ciudad de Tunja.

"Es indudable que esto no sucedió, porque el veintinueve de noviembre de aquel año, el señor Gerente de la Sociedad dirigió una comunicación al Gobernador, solicitando una prórroga del plazo hasta el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós. Dice así en lo pertinente:

'Hasta el presente los prospectos de la zona petrolífera son bastante halagadores, y lo único sensible es que, dada la enormidad del territorio, se ve improbable la terminación de los planos topográficos completos en los términos de la ley. El doctor Weisk señaló a los ingenieros la zona petrolífera baja, hasta el punto denominado **La Goajira,** y eso no más representa una extensión muy cuantiosa, que difícilmente la demarcarán los ingenieros de la Gobernación antes del primero de enero del año entrante; esa zona es la principal y la más atractiva del Territorio, pero en la otra parte el doctor Weisk ha encontrado también prospectos, que estudia muy detenidamente, pero manifiesta que todo el trabajo geológico no quedará concluído sino durante el mes de enero próximo. El doctor Stutzer acaba de llegar a la ciudad, después de explorar una zona contigua al Territorio Vásquez, situada al Norte, adonde encontró una anticlinal que, en su concepto, debe prolongarse hacia el Sur, y que es lo que ha determinado el nuevo estudio del doctor Weisk en la parte oriental del Territorio Vásquez, a contar desde **La Goajira.**

'Con el objeto, por consiguiente, de que el estudio sea lo más profundo, y de que el Departamento beneficie en

toda su integridad cuanto haya de prometedor en el Territorio Vásquez, solicito de esa Superioridad la ampliación del término para completar los planos geológicos, hasta el treinta y uno de enero, porque así se deja un trabajo perfecto; los geólogos me dicen que en este mes pudieran hacer sus planos de aquella zona, que hasta el presente han encontrado de valor petrolífero, pero habrían de convenirse inmediatamente sin proseguir el estudio de la parte oriental a donde se preocupan de encontrar la prolongación de la anticlinal a que me refiero.'

"Del contexto de la carta transcrita se deduce fácilmente que la Sociedad se halló en imposibilidad de cumplir con la obligación de entregar los planos y estudios técnicos en la fecha señalada en el contrato, y que, por tal motivo, se apresuró a solicitar una prórroga de treinta días.

"El señor apoderado del actor acepta este hecho como evidente, y concreta sus esfuerzos a demostrar que por virtud de la prórroga la Sociedad cumplió con lo pactado.

"Conviene, por consiguiente, estudiar lo referente a la concesión de la prórroga, cuestión ésta que ha sido objeto de intenso debate durante el juicio.

"La comunicación transcrita fue sustanciada por la Gobernación en la forma siguiente:

'Gobernación—Diciembre 9.

'Tómese el parecer de la Junta Asesora.

'J. García R.'

"La Junta Asesora, en nota dirigida por su Presidente a la Gobernación, conceptuó, con fecha quince de diciembre de mil novecientos veintiuno, que la prórroga fuera concedida 'mediante la formal y expresa estipulación de que no se nova el contrato, y especialmente de que subsisten, sin modificación alguna, las obligaciones del fiador solidario constituído en él.'

"En la misma fecha la Compañía Colombiana de Seguros telegrafió al Gobernador, coadyuvando la petición sobre prórroga, en su condición de fiador de la Sociedad de Fomento.

"El veintiséis del mismo mes, el Gobernador sustanció el incidente sobre prórroga, ordenando que lo actuado pasara a la Secretaría de Hacienda con el objeto—dice—de que se le dé aviso al señor Gerente de la Sociedad Colombiana de Fomento, de que la Junta Asesora y el Gobierno tuvieron a bien conceder la prórroga, pero con determinadas condiciones, las cuales se harán constar suficientemente, y agréguense al expediente.

'J. García R.'

"En la Resolución de 30 de noviembre de 1929 se hace mérito del telegrama dirigido por la Secretaría de Hacienda a la Sociedad, en el que se le participa la concesión de la prórroga, con fecha veintiséis de diciembre, y de la contestación, fechada el mismo día, en la que se manifiesta que es suficiente formalidad para dejar constancia de la prórroga, una nota puesta al pie de la escritura contentiva del contrato.

"Se pregunta: ¿la prórroga fue pactada legalmente?, o mejor, ¿puede considerarse reformado el contrato en cuanto al plazo para la entrega de los planos y estudio técnico, por virtud de las actuaciones de que se hace mérito en el expediente?

"De conformidad con el artículo 5º de la Ordenanza 37 de 1921:

'Los contratos que el Gobierno celebre en cumplimiento de esta Ordenanza, no necesitan de ulterior aprobación de la Asamblea, siempre que la Junta de que habla el artículo 13 de la Ordenanza 31 de 1920, emita concepto escrito y favorable sobre ellos, previo dictamen favorable de la Junta de Hacienda.'

"Con esta disposición, es obligatorio para el Gobierno el concepto de la Junta Asesora y de la de Hacienda, hasta el punto de que si ese dictamen no se obtenía, el contrato debería sujetarse a ulterior aprobación de la Asamblea; en este caso, aquellas Juntas representaban al Departamento, en su calidad de delegatarias del Cuerpo legislativo seccional, y complementaban la capacidad del Gobierno para representar legalmente al Departamento en la celebración de aquellos contratos.

"De modo que el Gobierno podía optar por cualquiera de estos procedimientos: o celebrar el contrato **ad referendum,** mediante la aprobación que le impartiera la Asamblea, o ajustarlo al dictamen favorable de las Juntas prenombradas, cuyo concepto, desde luégo, debe suponerse obligatorio para el Gobierno, como se desprende del contexto del mandato legal arriba transcrito.

"Si, pues, la Junta Asesora conceptuó que la prórroga podía concederse mediante una estipulación formal y expresa, en la que se determinara que el contrato no se novaba, y que subsistía la fianza solidaria en él constituída, el Gobierno no podía, **motu proprio,** entender que se había formalizado el pacto sobre prórroga mediante la resolución que aparece al respaldo de la nota suscrita por el Presidente de la Junta Asesora.

"Y ello no podía ser así, porque esa providencia ejecutiva no puede considerarse como una estipulación formal y expresa, sino como la manifestación de una de las partes contratantes, en el sentido de que estaba dispuesta a suscribir el nuevo pacto, que modificaba sustancialmente el contrato primitivo.

"Esta Resolución y los telegramas dirigidos por la Compañía Colombiana de Fomento y la Sociedad Colombiana de Seguros al Gobierno, en demanda de la prórroga, sólo pueden considerarse como los preliminares de la nueva estipulación que, por otro aspecto, ha debido constar por escrito, en el papel competente y con las demás formalidades externas que la ley prescribe para la validez de las convenciones.

"Así debió comprenderlo el Gobernador, cuando al sustanciar el incidente ordenó que se comunicara a la Sociedad de Fomento la concesión de la prórroga, 'pero con determinadas condiciones, las cuales se harán constar suficientemente.' Esta nota de la Gobernación, fechada el veintiséis de diciembre de mil novecientos veintiuno, fue dictada con posterioridad a las comunicaciones en que las entidades deudoras solicitan la prórroga, y posterior también a la Resolución en que se otorga el nuevo plazo, fechada el quince del mismo mes.

"De tal manera que la Gobernación entendió que aquella Resolución no era suficiente, y que era preciso hacer constar la concesión de la prórroga con determinadas condiciones, que no podrían ser otras que las señaladas por la Junta Asesora.

"No se trataba de una formalidad sin importancia; las condiciones que han debido estipularse formal y expre-

samente, tendían nada menos que a evitar la extinción de un contrato que, no obstante su carácter de consensual y no solemne, se había elevado a escritura pública por el querer de las partes y para seguridad de los cuantiosos bienes que allí entraban en juego.

"No era bastante para consumar la estipulación el telegrama de la Compañía Colombiana de Seguros, en el que coadyuva la petición de la Sociedad de Fomento sobre la ampliación del plazo, porque ello no implicaba la renovación de la responsabilidad del fiador, de acuerdo con el dictamen de la Junta Asesora; un documento aislado, un telegrama cuya procedencia y autenticidad podrían ser discutidas por esta o por aquella causa; una tácita manifestación de que la Compañía continuaría como fiador de la Sociedad de Fomento, no es precisamente la estipulación formal y expresa de que subsiste el contrato de fianza, cuya extinción podría contemplarse a la luz del artículo 1708 del Código Civil:

'La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores, y extingue las prendas e hipotecas constituídas sobre otros bienes que los del deudor, salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación.'

"En un contrato de tánta trascendencia, el Gobierno no podría considerarse satisfecho con aquel lacónico despacho telegráfico de la Compañía de Seguros, porque él no prestaba mérito suficiente, sino que era, cuando más, la manifestación de que aquella entidad se hallaba lista para suscribir el pacto adicional tan pronto como la prórroga se hubiera concedido.

"Se trataba de un contrato elevado a escritura pública por mutuo consenso de las partes; y aunque el Tribunal no acepta la necesidad imprescindible de la escritura para la reforma, sí sostiene que la prórroga ha debido pactarse en papel sellado, haciendo constar allí que el contrato no se novaba y que subsistía la fianza, todo lo cual ha debido firmarse por los representantes del Gobierno y de las dos entidades que se obligaron como deudor y fiador, respectivamente.

"Aunque en rigor, tratándose de una entidad de derecho público que pactaba con una Sociedad o Compañía particular, para dejar a salvo derechos de terceros, que naturalmente debían estar interesadas en los detalles de la negociación, la reforma del contrato ha debido hacerse por escritura pública, para los efectos previstos en el artículo 1766 del Código Civil.

"En el tomo 3º de la **Jurisprudencia de la Corte** se lee:

'Si bien todo contrato en que figura el Gobierno debe ser escrito en papel sellado, no todos requieren escritura pública. Cuando el pacto pudo ser concluído por documento privado, la prueba de esta solemnidad puede darse por cualquiera de los medios reconocidos en la ley.' (Número 880).

"Se observa también que en el nuevo pacto que quiso consumarse, alterando el primitivo contrato, no se tomó el parecer de la Junta de Hacienda, entidad ésta que intervino en la celebración de aquél, y que, **a fortiori**, debía actuar en la reforma cuyo texto, debidamente confeccionado, habría de considerarse incorporado en el pacto inicial.

"El Departamento, como ente jurídico capaz de ejercer derecho y contraer obligaciones civiles, tiene sus representantes natos en el Gobernador y sus colaboradores inmediatos en los distintos ramos de la Administración Pública; pero para que sus actuaciones obliguen a la entidad representada, es preciso que aquéllas se rijan por las disposiciones emanadas de la ley y de las ordenanzas; de otra suerte la representación se torna nugatoria, y los actos oficiales no ligan al Departamento que les ha confiado la gestión limitada de sus intereses. Ella nace de los propios atributos de una personalidad ficticia, a la que falta la esencia misma de la persona natural: la libertad.

'El hombre, dice Laurent, es libre en todo lo que hace, mientras que la pretendida persona civil está siempre encadenada, pues no puede adquirir, enajenar, contratar, litigar, sino con autorización, o llenando las formalidades prescritas por la ley.' (**Derecho Civil**, tomo 1º).

"Las personas naturales tienen un campo ilimitado para ampliar sus facultades en su propio provecho, en el de su familia o en interés de la colectividad; las entidades de derecho público deben restringir su radio de acción al círculo que este servicio les marca. Quienes ejercen su representación no pueden variar arbitrariamente las normas jurídicas que circunscriben su mandato, y si se extralimitan en su ejercicio, no vinculan jurídicamente a la entidad representada.

"De tal suerte que, si bien es cierto que los contratos consensuales se perfeccionan por el consentimiento de las partes, no es menos evidente que en este caso el Gobierno dejó de cumplir las formalidades prescritas por la Junta Asesora, y omitió obtener el previo dictamen de la Junta de Hacienda, pretermitiendo las formalidades prescritas en la Ordenanza 37 de 1921.

"Y no se diga que aquel consentimiento de las Juntas era innecesario, porque no se trataba de llevar a cabo el contrato, sino de modificarlo, porque la ampliación del plazo, sin nueva estipulación, implicaba la extinción de la fianza solidaria, es decir, quedaba libre uno de los deudores; porque deudor es el fiador solidario con respecto del acreedor, aunque conserve su estricto carácter de fiador en sus relaciones con el fiado. Y si faltó el consenso de la Junta de Hacienda, y no se acató el emitido por la Asesora, síguese que el Departamento no consintió en la prórroga, ya que las Juntas nombradas y el Gobierno fueron sus representantes legales. Ninguna de esas entidades podía abrogarse, con prescindencia de las otras, la facultad de representar al Departamento en la celebración del nuevo pacto (artículo 1502 del Código Civil).

"Se trataba, además, de garantizar el pago de una multa de cinco mil pesos, a la que solidariamente se obligaron las entidades deudoras, de tal suerte que la renovación de la responsabilidad del fiador debía constar en una estipulación escrita, que pusiera al Departamento a salvo de cualesquiera contingencias (artículo 91, Ley 153 de 1887).

"En tales condiciones, precisa contestar a las preguntas formuladas atrás, en el sentido de que el Departamento no pactó la prórroga del plazo solicitado por la Sociedad de Fomento, y que, por consiguiente, subsistía para ésta la obligación de entregar al Gobierno los planos y estudios técnicos el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno, en la ciudad de Tunja.

"¿Cumplió la Sociedad con este deber?

"Del contexto de la carta del señor Gerente, transcrita atrás; de la comunicación dirigida por éste al Gobierno, fechada el veintiséis de enero de mil novecientos veintidós, en la que anuncia la llegada del señor Weisk del Territorio Vásquez y le manifiesta que **'el trabajo geológico está concluído, y que el informe relativo a la formación petrolífera quedará perfeccionado el 31 de enero'**; de la aceptación que el señor apoderado de la Sociedad hace en relación con este hecho, se colige fácilmente que los planos y el estudio técnico no pudieron ser entregados al Gobierno en la fecha indicada en el contrato.

"Pero aun dando por sentado que la prórroga se hubiere pactado legalmente, mediante el pleno consentimiento de las partes, manifestado en la forma prevenida por la ley, el expediente da amplio margen para concluír que los planos y el estudio técnico no fueron entregados al Gobierno de Boyacá el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós, en la ciudad de Tunja.

"Según la comunicación fechada en Bogotá el veintiséis de enero de mil novecientos veintidós, ya relacionada, el señor Gerente de la Sociedad de Fomento manifiesta que el trabajo geológico está concluído, y que el informe relativo a la formación petrolífera queda perfeccionado antes del treinta y uno de enero.

"El veinticinco de enero de mil novecientos veintidós, la Gobernación preguntó al señor Gerente:

'Ruégole indicarme para cuándo estará listo mapa geológico.'

"La contestación de este despacho telegráfico no la obtuvo la Gobernación sino hasta el treinta y uno de enero siguiente, por medio de otro telegrama dirigido desde Bogotá, y que reza así:

'Planos geológicos, informes técnicos, listos para entregarlos Secretario de Hacienda cuando llegue. Ojalá concédanos prórroga opción, esforzándonos realizarla para apresurar progreso Departamento.

'Sociedad Colombiana de Fomento'

"De tal suerte que los planos y estudios técnicos tampoco fueron entregados al Gobierno el treinta de enero de mil novecientos veintidós, y tan sólo se anunció que estarían listos para entregarlos al Secretario de Hacienda cuando éste llegara a Bogotá. Es decir, que la Sociedad por sí y ante sí cambió el lugar en donde debía cumplirse el contrato, según la cláusula segunda.

"En esta cláusula, desde luégo, se entiende incorporada la disposición del artículo 1645 del Código Civil:

'El pago debe hacerse en el lugar designado por la convención.'

"De tal suerte que, aun en el supuesto de que efectivamente los planos y el estudio técnico hubieran estado listos el treinta y uno de enero en Bogotá, la Sociedad habría dejado de cumplir sus obligaciones integralmente, porque no aparece que tales documentos los hubieran puesto a la disposición del Gobierno en el lugar señalado por la convención, de acuerdo con la ley.

"Al respecto, el actor aduce las declaraciones del General Jesús García R. y del doctor Celso Rodríguez O., quienes afirman que el cambio del lugar se debió a la demora de los ingenieros del Departamento que estaban efectuando los trabajos de mensura, y porque esa alteración del contrato fue convenida 'entre ambas partes.'

"Atrás se estudió ampliamente cómo los actos del Gobernador y sus colaboradores inmediatos, en cada ramo de la Administración Pública, no ligan al Departamento cuando aquéllos pretermiten el cumplimiento de ciertas normas emanadas del Cuerpo legislativo.

"Con efecto: ¿dónde está la actuación legal que acredite la reforma del contrato, cambiando el lugar en que debiera cumplirse la convención?

"Porque sería curiosa la interpretación que se diera a la Ordenanza 37 de 1921, en el sentido de que para celebrar un contrato el Gobierno necesitara el dictamen de las Juntas de Hacienda y Asesora, y para reformarlo nó. Así sería muy fácil destruír un contrato o sustituírlo por otro, prescindiendo de las formalidades prescritas por la norma jurídica.

"El concepto de aquellos caballeros, pues, debe apreciarse no aisladamente, sino con sujeción a lo que aparezca de autos, y, sobre todo, subordinándolo a las terminantes prescripciones de la ley, que les marcó sus atribuciones como gestores de la cosa pública.

"Estas reformas no pueden pactarse con largueza, porque muchas veces ocurre que los intereses generales se perjudican gravemente; en este caso no es razón plausible para la alteración del contrato la demora de los ingenieros del Departamento en terminar los trabajos de mensura, ni tampoco el hecho de que los planos geológicos y el estudio técnico debían presentarse en el Ministerio de Obras Públicas antes del primero de marzo de mil novecientos veintidós.

"Habría habido tiempo más que suficiente para que los planos fueran entregados al Gobierno el treinta y uno de enero en Tunja, se hubieran estudiado ampliamente, enviándolos luégo a Bogotá para presentarlos al Ministerio antes del primero de marzo. Como se ve, el tiempo no era tan angustioso como ha querido conceptuarse, ni el retardo de los ingenieros departamentales era obstáculo alguno para que los estudios de Weisk vinieran a Tunja para ser estudiados. Así se hubieran puntualizado las deficiencias de aquellos estudios, y quizá hoy no tendría que lamentar el Departamento el concepto adverso del Ministerio de Industrias, manifestado en el sentido de que sobre tales planos no podría verificarse explotación alguna, porque de ellos nada se deduce en concreto.

"Pero el Gobernador procedió de modo bien distinto: ordenó al Secretario de Hacienda que marchara a Bogotá a recibir los planos y el estudio, de acuerdo con los deseos de la Sociedad de Fomento, y muchos días después del primero de enero de mil novecientos veintidós, como aparece de la nota de sustanciación, y del telegrama, transcritos en los preliminares de este fallo.

"Si esto se tomara como asentimiento del Gobierno a la reforma del contrato fijado por la Sociedad, aquél se habría extralimitado en su mandato y se habría puesto en pugna con la ley, porque tal modificación no podría consentirla el Gobierno solo; existían otros representantes del Departamento, y nada menos que delegatarios del Cuerpo legislativo, cuyo concepto era obligatorio para el Gobierno, y que en este caso no fueron consultados.

"Los planos fueron presentados por Weisk al Ministerio de Obras Públicas, en donde se omitió poner la nota de presentación, expresando la fecha. ¿Porqué? No podría darse otra respuesta justificativa que la de que hubo un descuido en el empleado que los recibió. No obstante, el Secretario del Ministerio de Industrias dijo, en comunicación dirigida al Gobernador:

'No hay constancia de la fecha en que fueron presentados los estudios y planos del señor Weisk; éstos llevan la fecha de enero y febrero de mil novecientos veintidós, de manera que la presentación debe haber sido posterior a esta fecha.'

"Este dato está de acuerdo con lo que aparece del expediente.

"De tal suerte que ni pudo legalmente existir la alteración del contrato en esta parte, ni aun en el caso de haber existido aquélla por los motivos aducidos, podría decirse que los planos y el estudio técnico fueron entregados al Gobierno el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós, dentro de la hipótesis graciosa que se ha formulado.

"Pero hay algo más importante en relación con este tópico: los planos no fueron entregados en Tunja al Gobierno el treinta y uno de enero, como se ha demostrado y como lo acepta el apoderado del actor; según comunicación del señor Gerente de la Sociedad, los planos y el estudio estarían listos para entregarlos al Secretario de Hacienda cuando éste fuera a Bogotá; y como dicho funcionario no debió llegar a esa ciudad sino después del diez y siete de febrero—un martes—de acuerdo con el telegrama de la Gobernación, ya transcrito, forzosamente debe concluírse que aquellos documentos fueron entregados al representante del Gobierno mucho después del treinta y uno de enero.

"Y si se considera que los planos fueron presentados directamente por el señor Weiske al Ministerio de Obras Públicas, tendría que ponerse en claro si estos papeles se entregaron en el Ministerio el treinta y uno de enero y si aquel Despacho fue diputado por el Departamento de Boyacá para recibirlos (artículos 1634 y 1635 del Código Civil).

"La primera cuestión debe absolverse negativamente porque el informe dado al respecto por el Secretario del Ministerio de Industrias, demuestra que los documentos debieron ser presentados con posterioridad al mes de enero, como ya se vio.

"La segunda cuestión tampoco podría contestarse afirmativamente porque no hay constancia ninguna de ello y porque legítimamente el Gobierno no podía hacerlo; ni ratificar la entrega en la forma indicada, porque ello envolvería la alteración del contrato, cuestión que no podía efectuar independientemente de las otras entidades que habían representado al Departamento en la negociación (artículo 1635 del Código Civil).

"Sería demasiado pretender que como el Gobierno resolvió enviar al Secretario de Hacienda a Bogotá, la entrega de los planos podía demorarse indefinidamente, lo cual implicaría la pretendida concesión de una nueva prórroga del plazo para entregarlos.

"Es indudable, pues, que la Sociedad Colombiana de Fomento no cumplió con la obligación contraída en la cláusula segunda del contrato de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno y que, por consiguiente, incurrió en la causal de caducidad determinada en el numeral 3º de la cláusula novena, haciéndose acreedora a la sanción prescrita en la cláusula octava del mismo contrato.

"Segunda causal.

"Sería suficiente para sostener la legalidad de las resoluciones, cuya nulidad se ha demandado, cuanto se ha dicho hasta aquí; pero como esas providencias penetran en el análisis de los planos y estudios geológicos entregados por la Sociedad de Fomento, conviene fijar la atención sobre ellos para saber si llenan las condiciones estipuladas en la convención. Esta cuestión constituye la segunda causal o motivo de caducidad a que se refieren las resoluciones acusadas.

"Al respecto el señor apoderado del actor fija el siguiente razonamiento: el contrato dice que los planos y estudios técnicos estarán conformes con las prescripciones dictadas o acostumbradas en el Ministerio de Obras Públicas para las propuestas de hidrocarburos (cláusula segunda).

"Como el Departamento obtuvo la adjudicación de 42,890 hectáreas para el efecto de la explotación de hidrocarburos en el Territorio Vásquez; como dicha Resolución del Ministerio de Agricultura y Comercio, número 65 de veintisiete de octubre de mil novecientos veintitrés, fue precedida del correspondiente dictamen favorable de la Oficina Nacional de Minas, Sección Técnica del Ministerio de Obras Públicas; como sobre el mismo concepto técnico del Ministerio de Industrias, dictó su Resolución de diez y seis de julio de mil novecientos veinticuatro, aceptando la propuesta de arrendamiento para la explotación de hidrocarburos en aquella extensión del Territorio, sobre la base de los planos y estudios técnicos de Weiske, debe concluírse que la Sociedad cumplió con las obligaciones contraídas en las cláusulas primera y segunda del contrato de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno.

"La creencia de que la Sociedad cumplió dichas cláusulas induce al distinguido jurista que representa al actor, a plantear este dilema: "o los estudios y planos geológicos que aparecen presentados por el Gobierno de Boyacá al Ministerio de Obras Públicas, con fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos veintidós, reúnen las condiciones estipuladas en el contrato, que son las prescritas en los artículos 15 y 20, parágrafo 2º de la Ley 120 de 1919, en relación con el Decreto ejecutivo número 119 de treinta de enero de mil novecientos veintidós, o nó las reúne: si lo primero, está bien la aceptación que hizo el Ministerio de Obras Públicas por medio de la Oficina Nacional de Minas, Sección Técnica, de estar los planos y estudios geológicos encajados dentro de las prescripciones legales, y entonces es jurídica y legal la aceptación que se hizo al Departamento de la propuesta formulada con fecha veintisiete de febrero de mil novecientos veintidós, arriba citada; y consecuencialmente hay que concluír que los planos y estudios geológicos reúnen las condiciones estipuladas en el contrato de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, que son las prescritas en el Ministerio de Obras Públicas, en desarrollo de los artículos 15 y 20, parágrafo 2º de la Ley 120 de 1919, en relación con el Decreto número 119 de treinta de enero de mil novecientos veintidós, y que la

Sociedad Colombiana de Fomento cumplió estrictamente con las obligaciones pactadas en favor del Departamento de Boyacá. Si lo segundo, si los planos y estudios geológicos no reúnen las condiciones estipuladas en el contrato, que son las mismas prescripciones de las disposiciones últimamente citadas, entonces el Gobierno de Boyacá, para ser honrado y obrar de buena fe, no ha debido presentar la solicitud o propuesta de fecha veintisiete de febrero de mil novecientos veintiuno, al Ministerio de Obras Públicas y éste no ha debido aceptar los estudios y planos geológicos y topográficos, ni menos declarar que éstos llenen los requisitos legales.

"Se observa: profanos, los abogados, en materias geológicas, apenas podrían analizar aquellos conceptos cuya simplicidad permitiera la calificación empírica; en lo demás, el juzgador habría de recurrir al auxilio de peritos para apreciar, a través de sus conceptos, la eficacia de un trabajo de aquella especie cuyas condiciones científicas se debaten intensivamente en una controversia judicial.

"Veamos el concepto de Weiske en relación con las obligaciones contraídas por la Sociedad en las cláusulas primera y segunda del contrato:

'Geología económica. Fuera del petróleo, no se ha encontrado otro mineral útil que pueda explotarse.....'

"Manifestaciones petrolíferas.

"En ninguna parte del Territorio se ven manifestaciones petrolíferas; pero la prueba de que la formación de La Goajira principalmente es petrolífera, está suficientemente demostrada por la existencia de manifestaciones de ese género en la banda izquierda del río Magdalena, en el Departamento de Antioquia, en donde aparecen estas mismas formaciones con muy buenas manifestaciones petrolíferas. Los datos anteriores son el resultado de un cuidadoso, costoso y detenido estudio, elaborados sobre el mismo terreno. Nosotros los hemos considerado suficientes para una exploración geológica preliminar, y así esperamos que el señor Ministro les imparta también su aprobación. Sin embargo, estos datos se podrán ampliar—y sin duda ninguna se ampliarán después—y de una vez se ofrece dar cualquier explicación que pueda requerirse.

Señor Ministro,

(Fdo.), F. Weiske.'

"De este informe se deduce: que en el Territorio explorado hay petróleo, puesto que dice que 'fuera del petróleo no se ha encontrado otro mineral útil que pueda explotarse,' y que esto lo deduce del hecho de que existen manifestaciones de este género en la banda izquierda del río Magdalena, en el Departamento de Antioquia.

"Los términos y el razonamiento empleados por Weiske, son de una simplicidad tal, que el solo sentido común lleva a la conclusión de que allí no se localizan los yacimientos o depósitos de petróleos 'que puedan hallarse en los baldíos y cuya explotación sea comercial,' como reza la cláusula primera del contrato.

"Indudablemente así lo debió comprender el mismo autor del informe cuando dijo, refiriéndose a los 'datos anteriores': 'Nosotros los hemos consideralo suficientes para una **exploración geológica preliminar.**' Esto es, que el llamado 'dictamen técnico' no es sino 'lo que precede o prepara el estudio de una materia,' según enseña el Diccionario de la Lengua; en este caso, lo que precede y prepara el trabajo de exploración; luego éste no se efectuó en los términos y para los efectos determinados en las cláusulas primera y segunda, es decir, señalando precisamente los yacimientos que se descubrieran y que fueran comercialmente explotables. Tales datos esenciales no aparecen del informe rendido por el geólogo de la Sociedad, luego es forzoso concluír que ésta tampoco cumplió con lo pactado en las cláusulas primera y segunda del contrato.

"Tampoco se cumplió allí con lo prescrito en el artículo 20 de la Ley 120 de 1919, parágrafo 2º, por cuanto que no se allegaron los datos acerca 'de la mayor o menor riqueza del yacimiento, de la calidad de sus productos y de las demás circunstancias que puedan influir en los provechos de la explotación.'

"Restaría averiguar si los planos contienen los requisitos exigidos por el numeral 11 del artículo 15 de la citada Ley, en armonía con el inciso 1º, g) y siguiente, del Decreto ejecutivo número 119 de treinta de enero de mil novecientos veintidós.

"Aquéllos no están a la vista y, por consiguiente, el Tribunal no puede hacer una apreciación directa acerca de su conformidad con la ley y con el contrato; pero sí llama la atención el hecho de que el informe 'correspondiente' a los planos, no se ajuste a lo pactado ni a las prescripciones legales. (Véase cláusula segunda del contrato).

"Mas si no puede hacerse al respecto una apreciación directa, existe en el expediente un testimonio elocuente acerca de la deficiencia de los planos aludidos, aparece consignado él en la comunicación oficial de fecha seis de abril de mil novecientos veintisiete, dirigida por el Secretario del Ministerio de Industrias al Gobernador de Boyacá, en la que afirma aquel alto funcionario, en nombre y por autorización del Ministro: 'Que en los planos del señor F. Weiske no están localizados los yacimientos petrolíferos, y que respecto de la explotabilidad comercial de posibles yacimientos no se deduce nada concreto.'

"Por manera que ni los planos ni el estudio 'correspondiente' a que se refieren las cláusulas comentadas, llenan los requisitos puntualizados en el contrato, en la Ley y en el Decreto reglamentario.

'De tal suerte que si el Ministerio de Obras Públicas aceptó la propuesta de contrato de arrendamiento hecha por el Departamento para la explotación de los hidrocarburos que existen en el Territorio Vásquez, lo hizo sobre la base de un concepto que no se ajusta a la realidad de los prospectos exigidos por la ley; y ese concepto, emitido por la Sección Técnica de la Oficina Nacional de Minas, no podría aceptarlo el juzgador servilmente sin analizar los documentos que fueron materia del dictamen.

"Establecidos estos hechos primordiales, fácilmente puede afirmarse que la aceptación de la propuesta, por parte del Ministerio de Obras Públicas, no es prueba irrefragable de que los planos y estudios se hubieran ajustado a las prescripciones legales, pues pudieron influir otras circunstancias en la determinación adoptada por aquel Despacho, circunstancias que no aparecen del expediente y que no sería conducente inquirir sobre bases hipotéticas.

"Basta saber que de las pruebas suministradas se destaca claramente este hecho: Ni los planos ni el dictamen de Weiske localizaron los depósitos o yacimientos de petróleo que puedan hallarse en los baldíos del Territorio Vásquez y que sean 'comercialmente explotables.'

"Obtenida esta convicción, huelga agregar que la Sociedad no cumplió tampoco las estipulaciones contenidas en las cláusulas primera y segunda del contrato, no obstante el hecho de la aceptación que el Ministerio hizo de la memorada propuesta; en el contrato no se dijo: 'Bastará que los planos y estudios técnicos sean aceptados por el Ministerio de Obras Públicas'; allí se dijo fue (sic) esto: 'La Sociedad se obliga a que su cuerpo de geólogos levante los planos geológicos y topográficos de los yacimientos que descubra en tales regiones, con el correspondiente dictamen técnico que debe estar conforme con las prescripciones dictadas o acostumbradas en el Ministerio de Obras Públicas para las propuestas de contratos de hidrocarburos.'

"Lo cual quiere decir, que si no se levantaron los planos geológicos y topográficos de los yacimientos descubiertos—que fue lo acontecido—la aceptación de la propuesta implica quizá un error de apreciación, pero en manera alguna constituye la demostración palmaria de que la Sociedad de Fomento hubiera cumplido la precitada estipulación.

"Además, del contexto de las dos cláusulas acotadas se desprende que la intención de los contratantes fue la de que el Departamento estuviera en capacidad inmediata de acometer la explotación comercial de los yacimientos, al tenor del artículo 25, Ley 120 de 1919, y esto no podía suceder sino previa la determinación o localización perfecta de los yacimientos o depósitos de petróleo.

"Cuanto al segundo término del dilema planteado por el demandante, o sea que si los planos y dictamen técnico no reunían los requisitos legales, el Gobierno de Boyacá, procediendo honorablemente, no ha debido presentar la propuesta al Ministerio, se observa que el Secretario de Hacienda, doctor Rodríguez O., cuyo testimonio invoca el actor como libre de toda excepción, lo hizo sobre la base o creencia errónea de que aquellos documentos reunían todas las exigencias legales; y que ese error provino precisamente de la precipitación con que obró el Gobierno al aceptar inconsultamente la determinación de la Sociedad de que los estudios geológicos se entregaran en Bogotá y no en Tunja, lugar éste donde han podido estudiarse previamente por los ingenieros y representantes del Departamento, como se expresó atrás.

"Esto demuestra con mayor evidencia que el cambio de lugar para el cumplimiento del contrato no puede considerarse como una cuestión trivial, ni como una alteración del pacto que lejos de ser perjudicial al Departamento le era muy conveniente a sus permanentes intereses, como hábilmente lo expone el señor apoderado de la entidad demandante.

"No podría hablarse en este debate de mala fe por parte del Gobierno ni por parte del señor Gerente de la Sociedad de Fomento, cuyas brillantes ejecutorias de patricio ilustre merecen, para el Magistrado que formula este fallo, el respeto y admiración que impone toda una vida plena de virtudes excelsas.

"Las cuestiones jurídicas de esta índole pueden tratarse haciendo abstracción de ciertos conceptos que ni la una ni la otra parte necesitan para sustentar sus puntos de vista.

"A través de los razonamientos que anteceden, puede resolverse el dilema expuesto por el actor afirmando que los planos y dictamen técnico presentados por la Sociedad de Fomento no reúnen los requisitos señalados en las cláusulas 1ª y 2ª del contrato de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, en consonancia con la ley y el decreto reglamentario, porque la aceptación de la propuesta hecha por el Gobierno de Boyacá no es prueba del cumplimiento de aquellas obligaciones, a la luz de los documentos que obran en el expediente.

"No podría tampoco aceptarse el segundo término del dilema, porque la confianza que el comisionado del Gobierno Departamental depositó en la eficiencia del técnico que prestó sus servicios, con la garantía de la Sociedad de Fomento, fue lo que indujo al doctor Rodríguez O. a formular la propuesta que suscribió en unión del doctor Lucas Caballero. Esto no podría llamarse mala fe, calificativo que de aceptarse para el Gobierno habría de cobijar también a la Sociedad sobre cuyos estudios y planos se hizo la propuesta que, por otra parte, fue coadyuvada o respaldada por la Sociedad en su condición de fiador del Departamento.

"Infundados son, pues, los términos del dilema planteado y el argumento carece, por tanto, de eficacia demostrativa.

"Cláusula quinta.

"En la petición cuarta de la demanda el actor solicita, además, que se declare que la Sociedad de Fomento cumplió con las obligaciones civiles pactadas en la cláusula quinta del contrato relacionado, que dice: 'La Sociedad, en caso necesario, se obliga a respaldar la propuesta de arrendamiento que haga el Gobierno a la Nación, siempre que los estudios de exploración hayan sido satisfactorios; pero es entendido que las prestaciones de que tratan los artículos 8º, 9º y 10 de la Ordenanza 31 no las hará la Sociedad sino en el plazo señalado ya.'

"Según el texto de esta cláusula, la obligación que en ellos se declara es la de que la Sociedad respalde la propuesta de arrendamiento de los yacimientos petrolíferos existentes en el Territorio Vásquez, dentro de las hectáreas de propiedad del Departamento. Por lo que hace a la segunda parte de la memorada estipulación, debe entenderse como aclaración al derecho de opción de la Sociedad para tomar a su cargo el contrato de explotación, según la cláusula cuarta.

"La explicación condicional que se hace en la primera parte de esta estipulación, podría prestarse a ciertas ambigüedades de interpretación que es preciso disipar: 'siempre que los estudios de exploración hayan sido satisfactorios.' ¿Satisfactorios para quién? ¿Para ambas partes en razón de la riqueza de los yacimientos? ¿Satisfactorios para el Gobierno del Departamento en relación con la bondad y eficacia del trabajo técnico de los geólogos de la Sociedad?

"Es indudable que a esa frase condicional debe dársele una amplia interpretación de manera de conciliar los intereses de las partes y fijar su intención, entendiendo que con ella se exigían ambos eventos: que de los trabajos de exploración pudiera deducirse claramente que allí existe el petróleo en cantidades comercialmente ex-

plotables y que dichos estudios se ajustarán a las estipulaciones del contrato.

"Lo expuesto hasta aquí lleva a la conclusión de que ninguno de tales eventos acaeció, porque de los trabajos verificados por el señor Weisk no podría deducirse que existan yacimientos petrolíferos en el Territorio, ni podría aceptarse tampoco, por consiguiente, que dichos estudios se ajustaran a las estipulaciones de la convención.

"De manera que aunque no se cumplió la condición para que llegara el caso de que se hiciera la propuesta a la Nación, con el respaldo de la Sociedad, procediendo errónea o equivocadamente los representantes de ésta y del Gobierno de Boyacá, formularon la propuesta contenida en el memorial de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos veinticinco, dirigido al señor Ministro de Obras Públicas.

"Allí la Sociedad ofrece, por medio de su Gerente, constituirse fiador del Departamento, lo cual demuestra la buena disposición en que estuvo la Sociedad de Fomento para respaldar la propuesta.

"Quiere decir esto que no podría rechazarse la petición que al respecto hace la demanda en relación con esta cláusula, porque ciertamente la Sociedad cumplió con la obligación de respaldar la propuesta del Departamento aunque sobre una base falsa, constituída por un estudio geológico deficiente, que los proponentes tal vez juzgaron completo y satisfactorio.

Quizá esta cuestión y otras semejantes, aparecen mejor formuladas como hechos fundamentales de la demanda que como elementos petitorios de la misma.

"En concepto del Tribunal no es el caso de hacer declaración afirmativa alguna en relación al cumplimiento de las demás obligaciones del contrato, por parte de la Sociedad, porque al respecto no se han producido pruebas, y porque aquéllas se refieren especialmente a la explotación de los yacimientos, la que, como se ha visto, no está en posibilidad actual de llevar a cabo el Departamento, debido precisamente a la deficiencia de los trabajos de exploración efectuados por el geólogo de la Sociedad.

"Obligaciones del Gobierno.

"En la petición quinta de la demanda armónicamente con la adición formulada por el señor Gerente de la Sociedad, se solicita que en la sentencia se declare que el Departamento no cumplió con las obligaciones contraídas en la convención de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno.

"Estas se hallan consignadas en las cláusulas tercera y sexta.

"La última se refiere al caso de que el Departamento contrate la explotación con persona o entidad distinta de la Sociedad de Fomento, para que se le reconozca a éste el uno por ciento del producto bruto. No se ha probado que haya acaecido el evento, luego no sería procedente hacer aquella declaración con referencia a este punto.

"Cuanto a la primera de las cláusulas acotadas, conviene hacer un estudio detenido sobre los documentos traídos al debate.

"Dice así:

'El Gobierno de Boyacá iniciará inmediatamente y tan pronto como se hayan empezado los estudios de exploración geológica, las diligencias de mensura y demarcación de las hectáreas que le corresponden en el Territorio Vásquez, para obtener títulos definitivos y localización perfecta de su propiedad, y para confirmar el derecho de preferencia que tiene ante el Gobierno Nacional en contratos de explotación de hidrocarburos, o para definir su derecho de propiedad del suelo y del subsuelo, si la Corte Suprema confirma la reclamación intentada respecto de la fecha en que deba comenzar a regir la reserva legal a favor de la Nación.

"No se fija en esta cláusula plazo alguno dentro del cual el Departamento deba terminar el trabajo de mensura, ni indica la fecha precisa en que el Gobierno está obligado a entregar los mapas o planos y los estudios correspondientes.

"La cláusula tan sólo declara esta obligación a cargo del Departamento: iniciar los trabajos referidos inmediatamente y tan pronto como se haya comenzado la exploración geológica por parte de la Sociedad con los fines allí expresados.

"El Gobierno del Departamento cumplió con lo pactado en dicha cláusula tercera, como aparece comprobado con las siguientes piezas del expediente:

"El Decreto número 223 de treinta de julio de mil novecientos veintiuno, expedido por la Gobernación de Boyacá, y por medio del cual se organizó la comisión de ingenieros destinada al trazado del camino de Occidente y a la mensura de los baldíos adjudicados al Departamento en el Territorio Vásquez.

"Es decir, que el Gobierno inició las diligencias tendientes a efectuar la mensura y demarcación referidas, tres días después de la fecha en que se elevó a escritura pública el contrato de diez y ocho de junio del mismo año.

La afirmación hecha oficialmente por el Gobernador de Boyacá en el mensaje dirigido a la Asamblea con fecha ocho de abril de mil novecientos veintinueve, que fue traído en copia a petición del señor apoderado de la Sociedad demandante, y que en la parte pertinente reza:

'Hay constancia en el expediente de la Secretaría de Hacienda de que la comisión de ingenieros que el Departamento debía mandar a iniciar la mensura de las hectáreas a que éste tiene derecho en el Territorio Vásquez, salió de Bogotá a realizar tal labor el once de agosto de mil novecientos veintiuno, pero no se encuentra dato de ninguna clase respecto a la fecha en que la Sociedad despachara la comisión científica que debía explorar el territorio, no habiendo por lo tanto constancia de si ésta fue despachada dentro de los veinte días de julio, a que estaba obligada, ni se había estipulado en el contrato la forma en que la Sociedad fuera informando al Departamento sobre el cumplimiento de sus obligaciones.'

"Las cartas dirigidas por el señor Gerente de la Sociedad al Gobernador de Boyacá y especialmente las de fechas veintitrés de diciembre de mil novecientos veintiuno y veintiséis de enero de mil novecientos veintidós, traídas al debate por el actor, que demuestran cómo los trabajos de mensura se llevaban a cabo simultáneamente con los de exploración geológica. La primera dice en lo pertinente:

'El doctor Weiske nos escribe diciéndonos que aunque el trabajo de los ingenieros del Departamento ha sido muy activo, siempre va bastante atrasado con respecto al trabajo geológico.'

"En la segunda se expresa así:

'Dice el doctor Weiske que los ingenieros ya han hecho la mensura de la parte baja del Magdalena hasta La Goajira, y están comenzando ahora a medir de La Goajira para arriba que es precisamente lo más importante.'

"La exposición sobre mensura y demarcación de las zonas, rendida en relación con el plano correspondiente, por los ingenieros B. A. Casas F. y Domingo Rivera, ante la Secretaría de Hacienda de Boyacá, el dos de junio de mil novecientos veintidós.

"El plano que el actor acompañó a la demanda junto con el folleto titulado **'Territorio Vásquez.'**

"El recibo expedido por el señor Rafael A. Campo, encargado del ramo en el Ministerio de Agricultura y Comercio, a favor del doctor Celso Rodríguez, en el que consta la entrega que éste hizo de diez y siete carteras de campo relativas a la mensura de los baldíos del Territorio Vásquez y del trazado del camino de occidente (aproximadamente 45,000 hectáreas). Este recibo lleva fecha 4 de marzo de 1922.

"De manera que aunque no es posible precisar la fecha en que el señor Weiske inició la exploración geológica, sí aparece claro, en cambio, que la comisión de ingenieros salió de Bogotá en dirección al Territorio Vásquez, el once de agosto de mil novecientos veintiuno, o sea quince días después de la fecha en que fue elevado a escritura pública el contrato celebrado entre el Gobierno y la Sociedad de Fomento, y que los trabajos de mensura fueron coetáneos con la exploración geológica de Weiske, lo que quiere decir que el Gobierno sí inició inmediatamente, y tan pronto como empezaron los estudios geológicos las diligencias de mensura y demarcación de las hectáreas que le corresponden en el Territorio Vásquez, de acuerdo con la cláusula tercera del memorado contrato.

"No estima procedente el Tribunal hacer declaración alguna en referencia a las obligaciones contraídas por ambas partes en orden al perfeccionamiento del contrato, porque entiende que la petición hecha en el punto cuarto de la demanda se refiere a las obligaciones contractuales que dicen relación al cumplimiento sustancial de la convención, determinado en las cláusulas primera, segunda, tercera y quinta que son las expresamente señaladas en la demanda como materia de la controversia."

Segunda. Para determinar la eficacia jurídica de estos comentarios, la Corte tiene en cuenta:

De los términos del artículo 5º de la Ordenanza número 37 de 1921, claramente se colige que la intervención de las Juntas Asesora y de Hacienda, de que habla el artículo 13 de la Ordenanza 31 de 1920, se refiere al concepto escrito y favorable que dichas Juntas deben emitir sobre los contratos que el Gobierno celebrara; empero, como la modificación relativa a la prórroga del término y al lugar para el cumplimiento del contrato previamente estipulado, y en el cual intervinieron aquellas Juntas, no se refirió esencialmente al mismo contrato sino simplemente a estipulaciones accesorias que tendían a la eficacia y cumplimiento del mismo contrato, hay que concluír que la exigencia del legislativo departamental, establecida en el artículo 5º de la Ordenanza 37 de 1921, aparece cumplida en cuanto a la celebración del contrato.

Y aunque se arguya que en el caso de faltar el concepto de las Juntas Asesora y de Hacienda, el contrato debería sujetarse a ulterior aprobación de la Asamblea porque aquellas Juntas representaban al Departamento en su condición de delegatarias del Cuerpo Legislativo Seccional y complementaban la capacidad del Gobierno para representar legalmente al Departamento en la celebración de aquellos contratos, esta Sala de la Corte, sin avanzar ningún concepto sobre el carácter constitucional o legal de dichas Juntas y sobre su capacidad jurídica, y teniendo sólo en cuenta la situación de hecho establecida por la Asamblea, cuando exigió como requisito para la validez de esos contratos la intervención de esas entidades, insiste en reconocer que aquella intervención sólo se exigió para la celebración del contrato, y dado que las modificaciones posteriores no sustituyeron la primitiva obligación por otra, por no haber ocurrido novación (Código Civil, artículo 1708), no tratándose de otro contrato que esencialmente modificara al primero, era innecesaria tanto la intervención de tales Juntas como la aprobación posterior de la Asamblea.

Ahora bien: como la entidad encargada por la ley vigente entonces sobre el particular, esto es, el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Tunja, en sentencia ejecutoriada de fecha veintiocho de junio de mil novecientos veintiuno, decidió que "el contrato sobre exploración y estudio geológico de los baldíos situados en el Territorio Vásquez que corresponden al Departamento de Boyacá, y sobre levantamiento de planos topográficos y geológicos acompañados de un dictamen técnico, celebrado entre el Gobierno Departamental y el Gerente de la Compañía Colombiana de Fomento, está de acuerdo con las autorizaciones dadas al Gobierno por las Ordenanzas 31 de 1920 y 37 de 1921"; no tratándose —como en efecto no se trata—de un contrato nuevo, y hallándose arreglado aquel contrato a las autorizaciones conferidas por la Asamblea según sentencia que no puede desconocerse, hay que concluír que la intervención de la Asamblea que era necesaria—según el criterio del Tribunal sentenciador en esta controversia—carece de fundamento, de eficacia y necesidad, en tratándose de modificaciones accidentales al contrato ya estipulado, modificaciones que decían relación a simples circunstancias de tiempo y lugar para su cumplimiento y en manera alguna a la esencia o naturaleza del mismo.

Tercera. El Tribunal niega eficacia a la concesión de la prórroga hecha por el Gobernador y que aquí se discute, porque, según el dicho artículo 5º de la Ordenanza 37 de 1921, era requisito único que ese concepto apareciera escrito mediante una estipulación formal y expresa en que se determinara que el contrato no se novaba y que subsistía la fianza solidaria en él constituída y porque el Gobierno no podía, por su propia cuenta, entender que el pacto sobre prórroga se había formalizado mediante la Resolución que aparece al respaldo de la nota suscrita por el Presidente de la Junta Asesora.

A este propósito, la Corte observa:

La estipulación formal que el Tribunal reclama, y cuya omisión, según él, hace arbitrario el obrar del Gobernador, a juicio de la Corte y a la luz de los principios generales que gobiernan la vinculación de la voluntad con-

tractual, sí existe en el presente caso: el telegrama dirigido por la Sociedad Colombiana de Fomento, en que se solicitaba la prórroga, el oficio de la Junta Asesora, la Resolución del Gobernador, la aceptación de la Sociedad y la coadyuvación de la Compañía de Seguros, todo lo cual aparece en el expediente, en documentos escritos, y cuya autenticidad no se ha discutido, establece aquella vinculación; porque la Resolución del Gobernador, mediante el concepto favorable y escrito de la Junta Asesora, según la cual admitió la policitación hecha sobre prórroga, y la comunicación dirigida al solicitante sobre el particular, determinaron el consentimiento sobre el pacto accesorio. Y no debe confundirse el escrito, que en este caso sólo es una formalidad probatoria, con el consentimiento mismo que, claramente manifestado, dio lugar a la modificación del término, modificación que por su carácter consensual no reclamaba la forma **ad substantiam** y modificación, que es ley para los contratantes, y como tal, obligatoria para ambos.

Y mal pueden estos actos ser simplemente considerados, según lo aseverá el Tribunal, como los preliminares de la nueva estipulación que, por otra parte, ha debido constar por escrito, en el papel competente y con las demás formalidades externas que la ley prescribe para la validez de las convenciones; porque, como ya se ha demostrado, se trataba simplemente de un contrato consensual, y en el caso cuestionado no puede considerarse como omitida la escritura que lo pruebe, porque esos documentos, aun en el carácter de privados, por el hecho de no haber sido redargüidos de falsos y por tenerse como reconocidos por la parte a quien se oponen, ya que figuraron como pruebas desde la demanda, tienen el valor de escritura pública respecto de los que aparecen suscribiéndolos, y hacen fe entre las partes, aun en lo meramente enunciativo, con tal que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato (Código Civil, artículos 1761 y 1765). Y obsérvese que el valor de escritura pública, que la disposición del artículo 1761 citado, da a esos documentos, equivale a plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados; y como éstos están conformes en cuanto a la realidad de las declaraciones en ellos contenidas, hay que concluír, según el artículo 1759 del Código citado, que el pacto sobre prórroga existe y es valedero entre las partes, con todos los efectos jurídicos que le son propios.

Tampoco es aceptable la conclusión de que la formalidad de la escritura pública era necesaria para la validez del nuevo pacto, con el objeto "de evitar la extinción del contrato que, no obstante su carácter de consensual y no solemne, se había elevado a escritura pública por el querer de las partes y para seguridad de los cuantiosos bienes que allí estaban en juego"; porque en cuanto a las condiciones esenciales del contrato, tendientes a garantizar aquellos cuantiosos bienes, subsistían, no obstante la prórroga para su ejecución, dado que ésta no constituye novación, y porque, precisamente, la ampliación del plazo para su ejecución tendía a hacerlo efectivo; ampliación que, acordada por las partes, plenamente capaces, es ley para las mismas, sin que la falta de la escritura pública pueda anularla, porque el otorgamiento de ésta no es solemnidad exigible por la ley como requisito esencial para esta clase de contratos, y la costumbre no uniforme y constante de someterlos a tal formalidad, se funda en la actuación pública de los encargados de la gestión administrativa que deben dar cuenta de su obrar, de las condiciones y circunstancias en que lo realizan, para poner de manifiesto a los administrados y a los encargados de su control, la manera como han cumplido el mandato público que se les encomienda, y para responder de esas mismas gestiones cuando abusen de los poderes políticos o de los encargos administrativos que les hayan hecho; y formalidades que se fundan también en la permanencia de la gestión administrativa que dice relación a la unidad de plan, de medios y de fines, que los encargados de realizarla deben apreciar siempre, para evitar controversias y opuestas aspiraciones, que degeneran o pueden degenerar en perjuicio de la misma gestión.

Esos documentos que hacen fe, porque tienen autor cierto y porque reposan en depositarias accesibles a todos los interesados, que constituyen el común, si son pruebas del obrar de los gestores y de las relaciones contractuales que establezcan con los particulares, no pueden tenerse como aislados, ni mucho menos como declaraciones mudas, sin trascendencia jurídica respecto del contrato a que se refieren, porque en ellos aparece expuesta la voluntad de los contratantes en orden a la ejecución del convenio ya estipulado y al plazo en que debiera ejecutarse; voluntad que algún efecto debe producir, y plazo que no debe entenderse simple e independientemente, sino con relación al plazo primitivo; de suerte que así la prórroga como aquel plazo, son elementos del contrato que algún efecto deben tener, y que tuvieron su origen en el querer de las partes; querer que no fue otro que la ampliación del término, como medio de hacer eficaz el contrato en toda su extensión, no como medio o fin para invalidarlo.

Y basta analizar los términos en que están concebidos los documentos a que se hace relación, para reconocer en ellos tanto el ánimo bilateral de obligarse, admitiendo la prórroga propuesta, como el querer, bilateral también, de persistir en el contrato y de conservar sus garantías accesorias. De suerte que, a pesar de la ampliación del plazo contemplado en el artículo 1708 del Código Civil, no se extinguieron las obligaciones accesorias, y no sería oportuno tener en cuenta esta disposición, porque la manifestación de acceder a la fianza por parte de los fiadores, sí consta de modo indubitable, aunque no con términos sacramentales, ni mediante solemnidades especiales, pero sí de manera reveladora de sostener a su cargo la obligación accesoria de antemano contraída.

Y mal puede interpretarse el telegrama dirigido por la Compañía de Seguros como "la manifestación de que aquella entidad se hallaba lista para suscribir el pacto adicional tan pronto como la prórroga se hubiera concedido"; porque los términos de esa comunicación: "coadyuvamos solicitud prórroga hizo Sociedad Colombiana Fomento, conforme deseos usted"; los términos de la Resolución del Gobernador: "..... Conceder a la Sociedad Colombiana de Fomento la prórroga de plazo solicitada, toda vez que el fiador también la ha solicitado," y la aceptación de la Sociedad proponente: "Me parece que con una nota de esa Superioridad, fechada antes del 31 de diciembre en curso, es suficiente formalidad para un contrato consensual, como es el vigente entre el Departamento de Boyacá y la Sociedad Colombiana de Fomento"; estos términos, se repite, no expresan simplemente la voluntad de suscribir el pacto adicio-

nal, sino que declaran la voluntad decidida de obtener y conceder la prórroga de término solicitada, y de obligarse durante ella con las garantías accesorias.

Cuarta. Afirma el Tribunal que "no acepta la necesidad imprescindible de la escritura pública para la reforma," pero "sí sostiene que la prórroga ha debido pactarse en papel sellado, haciendo constar allí que el contrato no se novaba, y que subsistía la fianza, todo lo cual ha debido firmarse por los representantes del Gobierno y de las dos entidades que se obligaron como deudor y fiador, respectivamente."

Y continúa el mismo Tribunal:

"Aunque en rigor, tratándose de una entidad de derecho público que pactaba con una Sociedad o Compañía particular, para dejar a salvo derechos de terceros, que naturalmente debían estar interesados en los detalles de la negociación, la reforma del contrato ha debido hacerse por escritura pública, para los efectos previstos en el artículo 1766 del Código Civil....."

Y concluye afirmando su tesis con esta doctrina de la Corte Suprema (**Jurisprudencia**, tomo III, número 880):

"Si bien todo contrato en que figura el Gobierno debe ser suscrito en papel sellado, no todos requieren escritura pública. Cuando el pacto pudo ser concluído por documento privado, la prueba de esta solemnidad puede darse por cualquiera de los medios reconocidos por la ley."

Acerca de los temas así planteados, la Corte observa:

Si de acuerdo con el artículo 1708 del Código Civil, la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye renovación; si los fiadores acceden expresamente a la ampliación del plazo, subsistiendo así las garantías constituídas sobre otros bienes y por personas distintas del deudor; si, como se ha visto, la ampliación del plazo fue convenida por personas capaces de realizarla, y si expresamente los fiadores accedieron a dicha ampliación, hay que concluír que, como lo dice el Tribunal, en este caso no era imprescindible la escritura pública para la reforma; porque no era dicha escritura solemnidad sustancial, dado que los solos términos de la ley, artículo 1708 del Código Civil, en las circunstancias expresadas, regulan las condiciones jurídicas en que las partes se colocaron. De otro lado la novación no se presume, porque es ella la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, que se extingue; y porque para que exista la novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intento ha sido novar, según los artículos 1687 y 1693 del Código Civil.

Y en cuanto a los perjuicios que los derechos de terceros pudieran sufrir por la omisión de la escritura pública, y en relación con el artículo 1766 del Código Civil que el Tribunal cita, téngase presente que no se trataba de estipulaciones que modificaran el contrato en su esencia, ni mucho menos que pudieran herir intereses de terceros; ni tampoco la controversia que el Tribunal sentenciador define al emitir este concepto, no dice relación a intereses distintos de los de las partes contratantes, de manera que se hiciera necesaria la apreciación de los efectos que la modificación hecha al contrato primitivo pudiera producir con respecto a terceros.

Quinta:

Dice el Tribunal:

"El Departamento, como ente jurídico capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, tiene sus representantes natos en el Gobernador y sus colaboradores inmediatos en los distintos ramos de la Administración Pública; pero para que sus actuaciones obliguen a la entidad representada, es preciso que aquéllos se rijan por las disposiciones emanadas de la ley y de las ordenanzas; de otra suerte la representación se torna nugatoria y los actos oficiales no ligan al Departamento que les ha confiado la gestión limitada de sus intereses. Ello nace de los propios atributos de una personalidad ficticia, a la que falta la esencia misma de la persona natural: la libertad.

'El hombre, dice Laurent, es libre en todo lo que hace, mientras que la pretendida persona civil está siempre encadenada, pues no puede adquirir, enajenar, contratar, litigar sino con autorización o llenando las formalidades prescritas por la ley.' (Derecho Civil, tomo 1°).

"Las personas naturales tienen un campo ilimitado para ampliar sus facultades en su propio provecho, en el de su familia o en interés de la colectividad; las entidades de derecho público, establecidas y organizadas para colmar un servicio público, deben restringir su radio de acción al círculo que este servicio les marca. Quienes ejercen su representación no pueden variar arbitrariamente las normas jurídicas que circunscriben su mandato, y si se extralimitan en su ejercicio, no vinculan jurídicamente a la entidad representada.

"De tal suerte que si bien es cierto que los contratos consensuales se perfeccionan por el consentimiento de las partes, no es menos evidente que en este caso el Gobierno dejó de cumplir las formalidades prescritas por la Junta Asesora, y omitió obtener el previo dictamen de la Junta de Hacienda, pretermitiendo las formalidades prescritas en la Ordenanza 37 de 1921."

Lo dicho sobre el carácter accidental de las modificaciones introducidas posteriormente y sobre la ejecución del contrato, hace inútil insistir sobre esta tesis del Tribunal.

Y menos se insista en que la renovación de las garantías accesorias "debía constar en una estipulación escrita"; lo dicho ya evita otra repetición, porque escritas aparecen en los autos tanto la solicitud de prórroga como su aceptación y comunicación a las partes que la pidieron; de manera que la policitación y la aceptación de ella, admitidas ambas por las partes, establecieron el vínculo sobre la prórroga convenida.

A este propósito es oportuno reproducir la narración de hechos que hacen en su calidad de testigos los señores General don Jesús García R. y el doctor Celso Rodríguez O., quienes, en su carácter de Gobernador y Secretario de Hacienda de Boyacá, respectivamente, intervinieron en las diligencias que tuvieron por término la concesión de la prórroga discutida.

Dice el primero:

. . . . . .

"Al segundo punto dijo:

"Sé y me consta personalmente, como Gobernador que era en esa época del Departamento de Boyacá, que la 'Sociedad Colombiana de Fomento' hubo de solicitar una prórroga para cumplir su compromiso, en virtud de que el Gobierno del Departamento de Boyacá no pudo hacer levantar los planos de mensura y demarcación de las hectáreas de baldíos de que trata la cláusula tercera del contrato; pero hay que justificar al Gobierno del De-

partamento en la no presentación de los planos y mensura de los baldíos, debido a que las comisiones nombradas por los Gobiernos de Santander del Sur y de Boyacá no pudieron ponerse de acuerdo en la fijación de límites de los dos Departamentos, por el cual hubo que suspender el trabajo de las comisiones y elevar el asunto al Senado de la República, entidad a la cual le correspondía resolver el problema de los límites, asunto que no vino a resolverse por aquella entidad, sino hasta en los años de mil novecientos veintisiete y veintiocho; ésta la razón por la cual el Departamento de Boyacá no pudo presentar a la Sociedad Colombiana de Fomento 'los documentos a que el Departamento estaba comprometido, y para que los ingenieros nombrados por la Gobernación tampoco pudieran verificar la mensura de los baldíos del Territorio Vásquez, ni entregar los planos respectivos de dicha mensura y demarcación. Respecto a la prórroga de que trata la pregunta, no recuerdo si fue por insinuación del Gobierno que yo dirigía, que la Compañía pidió

Al punto tercero, dijo:

"Lo dejo contestado en mi respuesta inmediatamente anterior."

Al punto cuarto, dijo:

"Es verdad y me consta que la Sociedad Colombiana de Fomento 'tenía los estudios geológicos y los planos correspondientes para entregarlos en el lugar y en la fecha a que se refiere el contrato, pero que no lo hizo en atención a las dificultades que tuvo el Gobierno del Departamento por causa de la indecisión de límites provocada por el Departamento de Santander del Sur, que impidió la continuación de los estudios y de la mensura del Territorio Vásquez'; pero no recuerdo con precisión si la variación, tanto de lugar como de fecha para la entrega de dichos estudios, provino de la voluntad claramente expresa del Gobierno de Boyacá."

El segundo expone:

"Sé y me consta directa y personalmente, por haber sido Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá, en el tiempo a que se contrae la pregunta, que la Sociedad Colombiana de Fomento, de la cual era Gerente el doctor Lucas Caballero, solicitó y obtuvo de la Gobernación de Boyacá, un mes de prórroga, contado desde el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno al treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós, para presentar los estudios y planos geológicos a que estaba obligada por las cláusulas primera y segunda del contrato de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno. Esta prórroga fue convenida sin obstáculo entre ambas partes, porque los ingenieros del Departamento estaban retrasados en el levantamiento de los planos topográficos, y porque no había afán ninguno en el tiempo que aún quedaba para hacer la petición al Ministerio, de acuerdo con la ley vigente. El Departamento de Boyacá no pudo suministrar todos los planos topográficos de las cien mil hectáreas de baldíos, de que trata la cláusula tercera del referido contrato, por los siguientes motivos: porque no se había verificado, y aprobado por el Senado de la República, la demarcación y fijación de la línea divisoria entre el Departamento de Boyacá y el de Santander del Sur; porque no se habían deslindado y demarcado los baldíos del Territorio Vásquez con las tierras de propiedad de los señores Salcedos; porque estaban sin delimitar los mismos baldíos del Territorio Vásquez con el Municipio de Muzo, y porque estaban sin estudiar los títulos de adjudicaciones hechas legalmente a particulares en los baldíos del Territorio Vásquez."

Al tercero:

"Me consta que el Gobierno Departamental de Boyacá no pudo presentar los planos y perfiles de los baldíos que se habían medido entre el río Magdalena y la Cordillera de **Las Quinchas**, a pesar de haber dispuesto que todos los ingenieros del Departamento trabajaran con actividad tanto en Tunja como en Bogotá, a medida que se recibían los informes o carteras de mensura; y por lo cual el Gobierno de Boyacá se vio obligado a prorrogar el término solicitado por la Sociedad Colombiana de Fomento. No recuerdo precisamente si tal prórroga fue insinuada por el Gobierno de Boyacá; en todo caso éste sí estuvo en mora de entregar los planos topográficos por los motivos expuestos anteriormente."

Al cuarto:

"Sé y me consta directa y personalmente, por haber sido Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá, en aquellos años de mil novecientos veintiuno y mil novecientos veintidós, que la Sociedad Colombiana de Fomento tenía la mayor parte de los estudios y planos geológicos para ser entregados en el lugar y en la fecha a que se refiere el contrato de diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, y que la variación, tanto del lugar para la entrega de los planos y estudios geológicos como la prórroga, del mes citado, provino, por una parte, la demora de los ingenieros, y por otra, porque el privilegio que tenía el Departamento de Boyacá para presentar los planos topográficos y de mensura de las cien mil hectáreas de baldíos en el Territorio Vásquez, y hacer la propuesta a la Nación de la explotación de los hidrocarburos allí existentes, vencía el último de febrero de mil novecientos veintidós, término que luégo fue prorrogado por diez años más. Cuando se acercaba la fecha de aquel vencimiento, el Gobierno de Boyacá resolvió concentrar, tanto la terminación de los planos topográficos como el recibo de los estudios y planos geológicos de la Sociedad Colombiana de Fomento en esta ciudad de Bogotá, y eso fue convenido entre ambas partes. Y para tal fin, el suscrito, en su calidad de Secretario de Hacienda de Boyacá, y debidamente autorizado por el señor Gobernador, se trasladó a esta ciudad para recibir los trabajos geológicos y los topográficos, para ser presentados, como en efecto lo fueron, en la Sección de Minas del Ministerio de Obras Públicas, en la oportunidad debida, es decir, antes del primero de marzo de mil novecientos veintidós; pues carecía de objeto práctico que la Sociedad Colombiana de Fomento entregara los estudios y planos geológicos en la ciudad de Tunja, para luégo volverlos a la ciudad de Bogotá, donde los necesitaba el Gobierno Departamental para los fines arriba indicados."

Sexta. Como se ha visto por la transcripción de la sentencia del Tribunal, también se estima como no cumplido el contrato, y como base de la declaración de caducidad pronunciada, y que en el presente juicio se pretende invalidar, el hecho de que los planos materia de la prestación debida por la Sociedad Colombiana de Fomento, "no fueron entregados al Gobierno de Boyacá el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós en la ciudad de Tunja." Y el Tribunal sentenciador funda su

aserto en que a la pregunta de la Gobernación, formulada el veinticinco de enero de mil novecientos veintidós, la Sociedad Colombiana de Fomento sólo respondió, diciendo: "Planos geológicos, informes listos para entregarlos Secretario de Hacienda cuando llegue"; respuesta que autoriza al Tribunal para declarar que la Sociedad "por sí y ante sí, cambió el lugar donde debía cumplirse el contrato, según la cláusula segunda"; y que como, aun en el caso de que el Gobernador hubiera consentido en cambiar el lugar del pago, no habiéndolo hecho con sujeción a las prescripciones fijadas por el legislador departamental, esto es, previo el dictamen de las Juntas Asesora y de Hacienda; tal alteración del contrato no pudo realizarse válidamente; y que estas dos omisiones, la falta de entrega de los planos el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós y la falta de entrega en el lugar convenido, en Tunja, constituyen para el Tribunal sentenciador violación de la cláusula segunda del contrato, y justifican, según su criterio, la declaración de caducidad administrativamente decretada en las resoluciones que aparecen demandadas.

Sobre este particular la Corte avanza estos conceptos:

Además de las comunicaciones citadas por el Tribunal sentenciador, los autos ofrecen este telegrama, que no se ha considerado hasta ahora en sus efectos jurídicos. Dice:

"Gobernación—Tunja, 28 de enero de 1922.

"Carburos—Bogotá.

"Recibida hoy carta del veintiséis (26) sin los mapas, dice adjuntar.. Doctor Rodríguez irá mes entrante arreglar debidamente asunto Ministerio; ruégole tener planos listos.....

"Jesús García R."

Relacionados los términos de este comunicado oficial, cuya autenticidad no aparece desconocida por la parte a quien pudiera perjudicar; relacionados dichos términos con los del telegrama de fecha treinta y uno de enero siguiente que el Tribunal copia, que la Corte reproduce y que dice:

"Planos geológicos, informes técnicos listos para entregarlos Secretario de Hacienda cuando llegue..."; fácilmente se concluye que la iniciativa de la entrega de los planos al Secretario de Hacienda en Bogotá, no procedió del arbitrio de la Sociedad Colombiana de Fomento, sino del obrar del señor Gobernador; y si el anuncio de que los planos estaban listos para entregarlos en Bogotá al Secretario de Hacienda, no hubiera sido una consecuencia del anuncio hecho por el Gobernador de que el doctor Rodríguez O. (Secretario de Hacienda de Boyacá) vendría a la capital a recibirlos, ese anuncio hubiera sido contradicho inmediatamente por el Gobernador, en el sentido de exigir que se le enviaran los planos a Tunja, y en el propio momento en que estuvieran listos, esto es, el dicho treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós. Mas como de antemano, según lo reconoce el Tribunal sentenciador, con fecha veintiséis de enero la Sociedad había declarado al Gobernador que "el trabajo geológico está concluído, y que el informe relativo a la formación petrolífera quedará perfeccionado el treinta y uno de enero"; si el Gobernador dispuso, con fecha veintiocho, que la Sociedad tuviera listos los planos en Bogotá para cuando el Secretario de Hacienda viniese, esto quiere decir que el cambio de lugar de pago fue obra del representante legal del acreedor, y la mora que pudo ocurrir en la recepción de lo debido, dependió del mismo representante, quien—se repite—bien pudo exigir se hiciera el pago en la fecha y lugar convenido.

Se arguye que, según el artículo 1635 del Código Civil, "el pago debe hacerse en el lugar designado por la convención," y que el hecho de haberlo realizado, en este caso, fuera del lugar primitivamente señalado, implica violación de la misma convención, y funda la declaración de caducidad ya decretada. Empero, se pregunta: ¿Cuál fue el lugar convenido? Tunja, según el contrato primitivo; Bogotá, según la modificación, también convenida posteriormente, luego por este aspecto no hay tampoco violación del contrato.

Y como ya se ha visto que el Gobernador sí tuvo facultad legal para obrar en el sentido que lo hizo, hay que concluír que carecen de eficacia las consecuencias que el Tribunal prevé, cuando dice:

"Pero el Gobernador procedió de modo bien distinto: ordenó al Secretario de Hacienda que marchara a Bogotá a recibir los planos y el estudio, de acuerdo con los deseos de la Sociedad de Fomento, y muchos días después del primero de enero de mil novecientos veintidós, como aparece de la nota de sustanciación y del telegrama transcritos en los preliminares de este fallo.

"Si esto se tomará como asentimiento del Gobierno a la reforma del contrato fijado por la Sociedad, aquél se habría extralimitado en su mandato y se habría puesto en pugna con la ley, porque tal modificación no podría consentirla el Gobierno solo; existían otros representantes del Departamento, y nada menos que delegatarios del Cuerpo Legislativo, cuyo concepto era obligatorio para el Gobierno, y que en este caso no fueron consultados."

Acerca de los móviles que autorizaron el obrar de los gestores de la Administración Departamental, los encargados de ella, como Gobernador y Secretario de Hacienda, el General García R. y el doctor Rodríguez O., en su orden, narran estos hechos que como tales, deben apreciarse: al punto quinto dijo:

"Es verdad y me consta que la Sociedad Colombiana de Fomento entregó los planos y estudios geológicos en la ciudad de Bogotá, en atención a que el Gobierno de Boyacá necesitaba imprescindiblemente presentarlos a la Sección de Minas del Ministerio de Obras Públicas en determinada fecha, fecha que estaba para vencerse, y por esto se le ordenó a la Sociedad Colombiana de Fomento, en la ciudad de Bogotá, para que los entregara allá mismo, y para tal fin el Gobierno de Boyacá envió al Secretario de Hacienda, doctor Celso Rodríguez O., con poderes suficientes, tanto para recibir los planos como para hacer peticiones y presentarlos al Ministerio y Sección arriba nombrados."

Y el señor doctor Rodríguez O. dijo:

"Al sexto. Es verdad, y me consta directa y personalmente que la Sociedad Colombiana de Fomento cumplió estrictamente y de buena fe con las obligaciones civiles contraídas en el contrato de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, entregando los estudios y planos geológicos en la fecha y lugar señalados por el Gobernador Departamental de Boyacá, como también otorgando la fianza exigida por la Nación al Departamento, de conformidad con la cláusula quinta del con-

trato mencionado. Y es verdad que, debido a ese cumplimiento por parte de la Sociedad Colombiana de Fomento con el Departamento de Boyacá en las cláusulas primera, segunda y quinta, que se me han transcrito, el Departamento de Boyacá pudo hacer la propuesta a la Nación; y por la presentación oportuna de los planos y estudios geológicos, aprobados por la Sección de Minas del Ministerio de Obras Públicas, le fue adjudicado a Boyacá el derecho de explotar los hidrocarburos del Territorio Vásquez en la parte a que se refieren tales planos y estudios geológicos. Estos fueron presentados por mí, en mi calidad de Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá, debidamente autorizado por el señor Gobernador; y por el doctor Lucas Caballero, en su condición de Gerente de la Sociedad Colombiana de Fomento, y cuya solicitud debe hallarse firmada por ambos."

Séptima. La segunda causal de caducidad la encuentra el Tribunal como probada, basándose en que los planos y los estudios geológicos no están conformes ni con el parágrafo 2º del artículo 20 de la Ley 120 de 1919, por cuanto no se allegaron datos acerca "de la mayor o menor riquieza del yacimiento, de la calidad de sus productos y de las demás circunstancias que puedan influír en los provechos de la explotación"; ni tampoco se conforman a la disposición del Decreto ejecutivo número 119, de 30 de enero de 1922, en su artículo 1º, inciso g); porque si, como lo advierte el Tribunal, no tuvo los planos a la vista para juzgar de su contenido, y hacer sobre ellos una apreciación directa, sí existe la afirmación del Secretario del Ministerio de Industrias, quien declara "que en los planos del señor F. Weisk no están localizados los yacimientos petrolíferos, y que respecto de la explotabilidad comercial de posibles yacimientos, no se deduce nada en concreto"; concluyendo el Tribunal que "ni los planos ni el estudio correspondiente, a que se refieren las cláusulas comentadas, llenan los requisitos puntualizados en el contrato, en la ley y en el decreto reglamentario; porque, además, no habiéndose localizado los depósitos o yacimientos de petróleo que puedan hallarse en los baldíos del Territorio Vásquez, y que sean comercialmente explotables," se faltó a la cláusula del contrato en que se estipuló: "la Sociedad se obliga a que su cuerpo de geólogos levante los planos geológicos y topográficos de los yacimientos que descubra en tales regiones, con el correspondiente dictamen técnico, que debe estar conforme con las prescripciones dictadas o acostumbradas en el Ministerio de Obras Públicas para las propuestas de contratos de hidrocarburos"; y que aunque el Ministerio "quizá por error de apreciación" haya aceptado tales planos y estudios y con ellos la propuesta hecha por el Departamento, ello no es prueba del cumplimiento de las obligaciones que la Sociedad de Fomento adquirió, pues "pudieron influír otras circunstancias en la determinación adoptada por aquel Despacho," ya que "en el contrato no se dijo: bastará que los planos y estudios técnicos sean aceptados por el Ministerio de Obras Públicas," sino lo que consta en la cláusula copiada.

Agrega también el Tribunal:

Además del contexto de las dos cláusulas acotadas, se desprende que la intención de los contratantes fue la de que el Departamento estuviera en capacidad inmediata de acometer la explotación comercial de los yacimientos, al tenor del artículo 25 de la Ley 120 de 1919, y esto no podía suceder sino previa la determinación o localización perfecta de los yacimientos o depósitos de petróleo."

En relación con estos conceptos, la Corte advierte:

Ante esta segunda instancia, y en copia fotográfica debidamente autenticada por el Ministerio de Industrias, se han traído como prueba los planos geológicos que en ejecución del contrato de que se habla entregó al Departamento de Boyacá la Sociedad Colombiana de Fomento, y de los cuales el Departamento se sirvió para solicitar y obtener adjudicaciones para la explotación de zonas petrolíferas en el Territorio Vásquez, cuyo suelo se adjudicó en propiedad a aquel Departamento. También se ha traído copia auténtica de los estudios geológicos en cuestión, de todos los cuales, por su propia comprensión y por los términos en que se expresa su autor F. Weisk, se concluye que se trata de una explotación preliminar, tendiente a demostrar la existencia de petróleo en las regiones estudiadas, determinadas en los distintos planos; estudios que su autor refiere al criterio del Ministerio de Obras Públicas, cuando advierte:

"En ninguna parte del Territorio se ven manifestaciones petrolíferas; pero la prueba de que la formación de La Goajira, principalmente es petrolífera, está suficientemente demostrada por la existencia de manifestaciones de ese género en la banda izquierda del río Magdalena, en el Departamento de Antioquia, en donde aparecen estas mismas formaciones con muy buenas manifestaciones petrolíferas. Los datos anteriores son el resultado de un cuidadoso, costoso y detenido estudio, elaborados sobre el mismo terreno. Nosotros los hemos considerado suficientes para la exploración geológica preliminar, y así esperamos que el señor Ministro les imparta su aprobación. Sin embargo, estos datos se podrán ampliar—y sin ninguna duda se ampliarán después—y de una vez se ofrece dar cualquier explicación que pueda requerirse.

"Señor Ministro. .

(Firmado). "F. Weisk"

Para mejor interpretar el pensamiento de las partes contratantes en relación con los efectos jurídicos de la cláusula que se tiene como violada, deben tenerse presentes las reglas generales que sobre hemenéutica suministra nuestra ley sustantiva civil: reglas que son otros tantos consejos a los Jueces para la interpretación de los contratos que tienen su fundamento preciso en el carácter obligatorio que las convenciones asumen para las partes que en ellas intervienen; reglas que tienden a buscar la común intención de las partes contratantes en los casos en que el sentido literal de las palabras no sea suficiente para revelar su intención, sin que pueda el juzgador sustituír la intención a los textos que no presentan ni oscuridad ni ambigüedad. Por esto nuestro Código Civil señala como regla la contenida en el artículo 1618, según la cual "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras." Así también, para conocer esa intención es necesario tener en cuenta la naturaleza del contrato, relacionando y combinando sus diferentes cláusulas, estudiando los motivos que han podido determinar a las partes a contratar, e inspirándose, en una palabra, en todas las circunstancias que puedan comunicar a los términos empleados una significación particular y adecuada a todas las modalidades del mismo contrato. Por esto, esta corporación, en sentencia de fecha nueve de

abril de mil ochocientos noventa y siete (tomo XII, página 334), declaró:

"Los contratos deben interpretarse en un sentido racional y justo, conforme a la intención presunta de las partes y al objeto que contemplaban al celebrarlo, sin dar cabida a amplificaciones o exageraciones que están fuera del orden lógico y natural de las cosas."

Para mejor interpretar el pensamiento de las partes contratantes en este caso, y sobre lo relativo a estudios y planos, conviene reproducir los propios términos de las estipulaciones o cláusulas correspondientes. Dicen:

"Primero. La Sociedad se obliga a hacer estudiar, por su cuerpo de geólogos, los baldíos del Territorio Vásquez, con el objeto de descubrir y localizar los yacimientos de petróleos que puedan hallarse en ellos y cuya explotación sea comercial; el descubrimiento y localización de los yacimientos los mantendrá la Sociedad en absoluto secreto, y sólo los hará saber al Gobierno del Departamento o a la persona que éste indicare.

"Segundo. La Sociedad se obliga a que su cuerpo de geólogos levante los planos geológicos y topográficos de los yacimientos que descubra en tales regiones, con el respectivo dictamen técnico, que debe estar conforme a las precripciones dictadas o acostumbradas en el Ministerio de Obras Públicas para las propuestas de los contratos de hidrocarburos, todo lo cual habrá de estar listo, a más tardar, el treinta y uno de diciembre próximo, para ser entregado al Gobierno en la ciudad de Tunja."

"Ahora bien: a simple vista y sin necesidad de realizar grandes esfuerzos de entendimiento, se comprende que la primera cláusula obliga a la Sociedad **a hacer estudiar los baldíos del Territorio Vásquez, con el objeto de descubrir y localizar los yacimientos de petróleos que puedan hallarse en ellos y cuya explotación sea comercial.** De suerte que esos estudios tienden o debieron tender a demostrar al Departamento la existencia y localización **de petróleos en esos territorios, como capaces de poder ser explotados comercialmente.**

Estos estudios, dada su finalidad, esto es, el descubrimiento y localización de los yacimientos de petróleo, proceden de la obligación primera, mientras que, de acuerdo con la cláusula segunda, en ella se conviene en establecer una nueva y distinta obligación, consistente en levantar los planos geológicos y topográficos de los yacimientos que se descubrieran en tales regiones, complementados con el dictamen técnico correspondiente, **que deberían estar conforme a las prescripciones dictadas o acostumbradas en el Ministerio de Obras Públicas para los contratos de hidrocarburos.**

Esta diferencia se acentúa teniendo en cuenta no sólo el objeto de las dos obligaciones: conocer de un lado la localización de los yacimientos y la capacidad comercial que pudieran tener, y del otro, obtener los planos geológicos y topográficos de los mismos yacimientos, complementados con el dictamen técnico; como también respecto del intento remoto a que estaban destinados los distintos trabajos: el primero, para realizar la explotación comercial de los yacimientos, previo conocimiento de su capacidad productora, y el segundo, para proponer al Gobierno Nacional la celebración del respectivo contrato de explotación.

Y esto se confirma, si se tiene en cuenta lo estipulado en el parágrafo de la cláusula segunda, donde se lee:

"Si de las exploraciones preliminares de los geólogos resultare que no se halla indicación de yacimientos en condiciones comerciales, no habrá lugar a levantamiento de planos topográficos ni geológicos, pero en todo caso la Sociedad queda obligada a suministrar un informe detallado y exacto del resultado de las exploraciones geológicas a que este contrato se refiere."

De suerte que, según el querer de los contratantes, la obligación de levantar los planos estaba subordinada al descubrimiento y localización de los yacimientos de petróleos, cuya explotación pudiera ser comercial; y como tales planos debían conformarse al criterio del Ministerio respectivo, encargado de contratar en nombre de la Nación, hay que concluír que, para este efecto, el dictamen técnico exigido como complemento no era otro que la noticia, científicamente fundada, de la existencia del petróleo, susceptible de poder ser explotado comercialmente en las regiones exploradas; noticia que debiera satisfacer las exigencias de la Nación para realizar el contrato respectivo; exigencias que aparecen establecidas en el Decreto ejecutivo número 119 de 1922, exigencias que no pudieron tener en cuenta los contratantes de modo preciso, por ser este Decreto posterior a sus estipulaciones y exigencias, que deben reconocerse como satisfechas hoy, cuando la entidad encargada de apreciarlas administrativamente, según el querer de los estipulantes y para los fines que ellos perseguían, halló conformes y aceptables los planos, y con fundamento en ellos aceptó la propuesta de arrendamiento para la explotación, según lo resolvió en providencia de fecha diez y siete de julio de mil novecientos veinticuatro. Luego por este aspecto, hay que reconocer que la Sociedad Colombiana de Fomento cumplió su obligación, sin que valga argüír que al dictamen técnico le faltan datos "de la mayor o menor riqueza del yacimiento, de la calidad de sus productos y de las demás circunstancias que puedan influír en los provechos de la explotación"; porque esta investigación, si bien interesa al Departamento, según la cláusula primera que se estudia, no podía constar en los trabajos o estudios de exploración para proponer, bien por su propia naturaleza y objeto, ora por el interés del mismo Departamento, quien al respecto estipuló que "el descubrimiento y localización de los yacimientos los mantendrá la Sociedad en absoluto secreto, y sólo los hará saber al Gobierno del Departamento o a la persona que éste indicare."

Y si aquella investigación hubiera constado en los estudios, de seguro el Departamento hubiera llegado a la conclusión de que la Sociedad había violado esta cláusula, por haber divulgado secretos que le interesaban grandemente.

Y no debe olvidarse que según el parágrafo de la cláusula segunda, las exploraciones preliminares debían dar por resultado hallar las indicaciones de la existencia de yacimentos petrolíferos en condiciones comerciales, y que este hallazgo obligaba al levantamiento de los planos, lo que no habría de ejecutarse si la exploración preliminar daba resultado negativo. Lo que demuestra que la exploración preliminar, por su objeto y su fin, no incluía el estudio hasta poner al Departamento en capacidad inmediata de acometer la explotación comercial de los yacimientos, al tenor del artículo 25 de la Ley 120 de 1919; cosa que no podía suceder según el Tribunal, "sino previa la determinación o localización perfecta de los yacimientos o depósitos de petróleo"; concepto éste fun-

dado en un error de técnica, porque la simple determinación o localización de los yacimientos, por más perfecta que sea, no puede servir por sí sola para fijar la capacidad productiva comercial de los pozos que los yacimientos contengan; y la determinación o localización de los yacimientos tampoco es suficiente para acometer la explotación inmediata, si ésta consiste, como lo reza el artículo 25 de la Ley 120 citada, en "la extracción de la riqueza mineral o del producto bruto del depósito o yacimiento; y se considera que un depósito o yacimiento de los que trata esta Ley están en explotación, cuando se haya instalado y exista en ejercicio un montaje con la maquinaria y demás elementos que se estimen necesarios para el laboreo de las sustancias a que se refiere el contrato, y siempre que se haya comenzado la extracción del mineral....."

Tampoco debe perderse de vista que, de acuerdo con los términos de la cláusula primera del contrato, la Sociedad no contrajo la obligación precisa y categórica de hacer localización de yacimientos de petróleo, sino la de hacer estudiar por sus geoólogos los baldíos del Territorio Vásquez, "con el objeto de descubrir y localizar los yacimientos de petróleos que puedan hallarse en ellos y cuya explotación sea comercial." Es decir, que los estudios debían encaminarse—como aparece que se encaminaron—a descubrir las fuentes de petróleo; y si de ese estudio resultaba la existencia de yacimientos en condiciones de explotación comercial, los estudios debían dirigirse a la localización de los yacimientos. Pero todo esto debía entenderse naturalmente sobre la base de que la exploración superficial, que fue la que tuvieron en mente las partes, ya que se habló simplemente de estudios y no de trabajos o perforaciones, pudiera conducir a los resultados indicados, o sea a la existencia de yacimientos en condiciones comerciales de explotación. Mas como del mismo texto del informe de los geólogos aparece que del estudio hecho por ellos sobre el terreno no resultaron existir manifestaciones petrolíferas, es preciso concluír que la obligación de localizar los yacimientos no llegó a tener existencia práctica, según la intención de los contratantes, puesta de manifiesto en la cláusula que se examina.

Además, la cláusula cuarta del contrato cuestionado dice:

"4ª Hecha la exploración geológica, si la Sociedad quisiere tomar el contrato de explotación en los términos señalados en los artículos 8º, 9º y 10 de la Ordenanza 31 de 1920, el Gobierno le concede dicha opción, para confirmar la cual, tendrá la Sociedad un término de un mes después de adjudicado el contrato o contratos a favor del Departamento por el Gobierno Nacional....."

Lo que indica que la exploración geológica era un medio previo para realizar el contrato de explotación, que no podía ser inmediato, y que podía no ser ejecutado por el Departamento en virtud de la opción aquí concedida; luego la consecuencia deducida por el Tribunal no aparece fundada. Y que se trata de exploración, no de explotación, lo dice claramente el artículo 3º de la Ordenanza número 37 de 1921, que es base del contrato, cuando declara:

"En el caso señalado en el artículo 9º de la Ordenanza 31 de 1920, el Gobierno puede conceder al contratista un término mayor de tres años para iniciar la explotación de los hidrocarburos."

Y el artículo 9º citado, a su vez, reza:

"En el contrato respectivo se expresará la condición de que si el contratista no iniciare la exploración dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se firme el contrato, o no la terminare dentro del año siguiente a la misma fecha, o no iniciare la explotación dentro de los tres años siguientes a la misma fecha, o si iniciada la exploración la suspendiere por un término de seis meses, o si no diere a la explotación la intensidad proporcionada a la capacidad de los yacimientos, pagará al Gobierno una multa de cien mil pesos ($ 100,000), sin perjuicio de que el Gobierno pueda declarar administrativamente la caducidad del contrato."

Y que el objeto inmediato del contrato no era la explotación del petróleo, sino la exploración necesaria para celebrar el contrato de arrendamiento, lo dicen los considerandos de aquél, así:

"Por todas estas consideraciones y otras más que sería largo enumerar, para hacer eficaces los derechos del Departamento para cumplir el propósito de la Ordenanza 31 de 1920 respecto de contratos de explotación en forma que sea comercial y económica, y para poder perfeccionar tales contratos en el tiempo y la forma que previenen la ley y las resoluciones administrativas citadas, hemos ajustado el siguiente contrato....."

Y como última razón para reconocer que la declaratoria de caducidad, administrativamente hecha, careció de fundamento plausible, se copian en seguida las conclusiones a que sobre el particular llegó el mismo Gobernador, que la decretó, en su mensaje dirigido a la Asamblea con fecha ocho de abril de mil novecientos veintinueve, esto es, algo más de siete meses antes de ser declarada la caducidad. Dice:

"Un más detenido estudio del expediente de la Secretaría de Hacienda sobre la forma y fechas en que la Sociedad entregó al Gobierno los planos y estudios en cuestión, pone de presente que tampoco tiene el Gobierno base firme y completa para declarar la caducidad por este aspecto: de acuerdo con el contrato (cláusula segunda), dichos planos y estudios debían ser entregados en Tunja al Gobierno el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno, pero la Sociedad, por medio de oficio de veintinueve de noviembre de ese año, solicitó de la Gobernación la ampliación del término por un mes más, es decir, hasta el treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós, en vista de las razones que en tal oficio puso de presente el Gerente de la Sociedad, doctor Lucas Caballero. El nueve de diciembre, el señor Gobernador del Departamento dispuso tomar parecer de la Junta Asesora del Gobierno en asuntos del Territorio Vásquez; la solicitud de prórroga fue coadyuvada por la Sociedad Colombiana de Seguros, ante la cual se había constituído la fianza del contrato, y con fecha quince de diciembre, el Gobierno del Departamento, en vista del concepto unánime y favorable de la Junta Asesora, resolvió conceder a la Sociedad Colombiana de Fomento la prórroga solicitada, como consta en el expediente respectivo. Concedido este aplazamiento, y sin haber habido modificación en cuanto al lugar donde debían ser entregados los planos y estudios, es decir, en la ciudad de Tunja, era de considerarse que aquéllos hubieran sido entregados al Gobierno en este lugar, pero no fue así. El treinta y uno de enero, fecha del vencimiento de la prórroga, la Sociedad telegrafió al Gobernador diciéndole:

'Planos geológicos, informes técnicos, listos para entregarlos Secretario Hacienda, cuando llegue.'

"No hay constancia en el expediente de que con anterioridad a esta fecha el Gobierno hubiera avisado a la Sociedad que iría a Bogotá el Secretario de Hacienda, y que allí recibiría los planos y estudios, lo cual constituía una modificación al contrato, desde luégo que estaba estipulado que deberían ser entregados en Tunja.

"Con fecha siete de febrero siguiente, es decir, una semana después de vencido el plazo de entrega, el Presidente de la Sociedad dice en oficio al Gobernador:

'Según lo anuncié a usted, están listos aquí todos los estudios geológicos, y sólo hacen falta los planos de mensura (que debía levantar el Departamento) para presentarlos conjuntamente (al Ministerio de Obras Públicas), al solicitar el Departamento la adjudicación de los contratos respectivos.'

"Todavía el diez y siete de febrero no habían sido recibidos los planos y estudios, pues en esa fecha, según una sustanciación puesta al pie de un telegrama para el Gobernador, dirigido por la Sociedad contratista, en el cual reclama los planos de mensura, hay constancia de que días después del diez y ocho de febrero seguiría para Bogotá el Secretario de Hacienda, doctor Celso Rodríguez, llevando dichos planos de mensura, y pidiendo que todo estuviera listo para la presentación de la propuesta de contratos al Ministerio. Aparecen en el expediente las constancias de que el veintisiete de febrero entregó el Secretario de Hacienda al Ministerio tales propuestas, fechadas el veinticinco del mismo mes, a las cuales y al memorial respectivo elevado a nombre y representación del Departamento, y con la autorización del Gobernador, se acusó recibo por la Secretaría del Ministerio de Obras Públicas el mismo veintisiete de febrero, con oficio número 5028, haciendo referencia a los planos y estudios presentados por inventario. De suerte que el Gobierno de Boyacá de hecho recibió los planos y estudios a su entera satisfacción en Bogotá, sin duda, firmando de ellos recibo a la Sociedad contratista, y en fechas posteriores en varias semanas a aquella a que se refería la prórroga concedida, o sea el treinta y uno de enero. Conviene anotar que los estudios elaborados por el técnico alemán de la Sociedad, señor Weisk, cuatro llevan fecha 'enero de 1922' y el último 'febrero de 1922,' de suerte que los primeros podrían considerarse dentro del término de la prórroga concedida por el Gobierno, pero el último nó.

"Por lo tanto, las razones que parecen encontradas para considerar firme la posición del Departamento para declarar la caducidad por no haber entregado la Sociedad los planos y estudios el 31 de diciembre de 1921, en la ciudad de Tunja, tampoco pueden considerarse como incontestables, toda vez que tanto la Junta Asesora como el Gobierno concedieron una prórroga, y éste recibió los planos y estudios en Bogotá y los entregó al Ministerio, sin que para esto último aparezca en el expediente autorización alguna de la Junta, como sí la hubo para la prórroga....."

Octava. Como una consecuencia de los razonamientos anteriormente expuestos, y respecto de la declaración solicitada en la demanda, de que la Sociedad Colombiana de Fomento no ha incurrido en la multa de cinco mil pesos ($ 5,000), pactada para el caso de incumplimiento de cualquiera de las estipulaciones del contrato, de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos veintiuno, y de que la Sociedad cumplió con las obligaciones civiles pactadas—especialmente las contenidas en las cláusulas primera, segunda y quinta del mencionado contrato—es preciso reconocer que tales declaraciones deben prosperar, porque de las pruebas antes analizadas y del efecto jurídico de los hechos por ellas demostrado, aparece realmente que aquellas obligaciones fueron lealmente cumplidas dentro de los términos y en la forma y demás circunstancias estipuladas por las partes, así en el contrato primitivo como en las modificaciones que posteriormente se le introdujeron.

Novena. En lo relativo a la petición para que se declare que "el Departamento de Boyacá se halla en mora, no ha cumplido con las obligaciones pactadas a favor de la Sociedad Colombiana de Fomento en el contrato" dicho, y que, como consecuencia, está obligado a pagarle a la mencionada Sociedad los perjuicios que ésta ha sufrido, la Corte observa:

Como causa o razón de la demanda propuesta, el actor adujo "el desconocimiento unilateral, el procedimiento injurídico, ilegal e injusto adoptado por el Departamento de Boyacá en las resoluciones atrás nombradas, en contra de los intereses de la Sociedad Colombiana de Fomento, destruyendo, aniquilando con tales resoluciones tanto el vínculo jurídico creado por las partes contratantes, como el derecho específico, claro y preciso surgido a favor de la Sociedad Colombiana de Fomento, a causa del cumplimiento exacto y de buena fe de las obligaciones civiles que contrajo en el citado contrato, y de cuyo cumplimiento obtuvo provecho el Departamento de Boyacá en relación con las propuestas hechas por esta entidad a la Nación, sobre estudios, levantamiento de planos, descubrimiento, localización, etc., etc., de los yacimientos petrolíferos del Territorio Vásquez, a cuyas propuestas acompañó la Sociedad demandante al Departamento, y cuyos trabajos fueron aceptados por la Sección correspondiente del Ministerio de Obras Públicas, como obra completa y encajada dentro de las prescripciones legales."

Entre los fudamentos jurídicos aducidos por el actor, entre otras disposiciones sustantivas, cita éstas: el artículo 1546 del Código Civil:

"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 1609 de dicha obra, que dice:

"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlos en la forma y tiempo debidos."

La única omisión que pudiera atribuírse al Departamento respecto del cumplimiento de sus obligaciones positivas, es la consistente en haber incurrido en mora de levantar, preparar y presentar los planos topográficos de mensura y demarcación de las cien mil hectáreas de baldíos que le corresponden en el Territorio Vásquez. Empero, hay que tener presente que según la cláusula tercera del contrato fundamental de las obligaciones, el Gobierno de Boyacá se comprometió a iniciar "inmediatamente y tan pronto como se hayan empezado los estudios de exploración geológica, las diligencias de mensura

y demarcación de las cien mil hectáreas," "para obtener —dice la cláusula—títulos definitivos y localización perfecta de su propiedad, y para confirmar el derecho de preferencia que tiene ante el Gobierno Nacional en contratos de explotación de hidrocarburos, o para definir su derecho de propiedad del suelo y del subsuelo....."

Como se ve, la obligación adquirida por el Departamento fue la de iniciar coetáneamente con los estudios de exploración geológica las diligencias de mensura y demarcación; y aunque se admitiera que tales diligencias no fueron simultáneas, visto el objetivo que con ellas se perseguía, objetivo cuya tendencia no era otra que garantizar su derecho, bien sobre el suelo, ora sobre la explotación del subsuelo, mediante los contratos de arrendamiento que hubiera de celebrar con la Nación; si dichos contratos, al menos en sus propuestas, según se ha visto, sí fueron oportunos, y aquellos derechos se pusieron a salvo, bien respecto de lo que interesaba al Departamento, ya respecto de lo que pudiera beneficiar a la Sociedad; y si en esas propuestas de contratos se utilizaron oportunamente así los trabajos de los geólogos de la Sociedad como de los ingenieros del Departamento encargados de la demarcación, hay que concluír que si la Sociedad cumplió oportunamente sus obligaciones, el Departamento también satisfizo las suyas debidamente. Y en estas circunstancias jurídicas es equitativo y justo declarar que el Departamento, por este aspecto, no está en mora ni debe los perjuicios consecuenciales a ella.

Además, no puede considerarse la existencia de mora en este caso, porque en el contrato no se fijó término para satisfacer aquella obligación; y como ese término se deduce del objeto a que los trabajos dichos se encaminaban, mientras ese objeto pueda realizarse dura el término para cumplirla; y aun podría considerarse, si el término se hubiera fijado, que circunstancias fortuitas, tales como la controversia que sobre límites se suscitó con el Departamento de Santander, y que hubo de definir el Senado de la República, fueron motivo suficiente para impedir el cumplimiento oportuno, sin que por ello fuera culpable y responsable civilmente la entidad obligada.

Por otra parte: según los términos del contrato, la Sociedad demandante adquirió la obligación de realizar a su costa los trabajos de descubrimiento y localización de los yacimientos de petróleo y el levantamiento de los planos geológicos y topográficos de los mismos con el respectivo dictamen técnico, recibiendo como compensación la opción de que habla el artículo 4º del contrato, "para confirmar la cual tendrá la Sociedad un término de un mes después de adjudicado el contrato o contratos a favor del Departamento por el Gobierno Nacional. En el caso de que se reconozca a favor del Departamento la propiedad del subsuelo, la opción que hoy se otorga será confirmada el primero de marzo de mil novecientos veintidós."

Y agrega la estipulación sexta de dicho contrato:

"Si la Sociedad hiciere el contrato de explotación, no cobrará nada al Gobierno por el estudio de exploración, presentación de planos, etc.; pero si no lo hiciere, y el Gobierno contratare con otra persona o entidad, la Sociedad tendrá derecho al uno por ciento del producto bruto de la explotación de los yacimientos descubiertos por la Sociedad, y así lo hará constar en los contratos respectivos que haga el Gobierno para tal explotación."

De lo últimamente expuesto se deduce: es evidente que los trabajos preliminares de que hablan estas cláusulas debían ser ejecutados en interés, así del Departamento de Boyacá como de la Compañía; interés que está de manifiesto por los términos de dichas cláusulas; interés que aparece concreto en la opción a favor de la Compañía para adquirir el contrato de explotación, caso en el cual no cobrará nada al Gobierno Departamental, pero si el Gobierno contratare con otra persona o entidad, la Sociedad tendrá derecho al uno por ciento del producto bruto de la explotación. De suerte que si la Sociedad no declaró su voluntad de optar por la explotación, a pesar del tiempo transcurrido entre la presentación de los trabajos a ella encomendados y la declaratoria de caducidad, esta omisión no puede imputarse al Departamento; y si en ejecución del mismo contrato la Sociedad no se halla desarrollando la explotación a que pudo optar, tampoco se puede imputar al Departamento las consecuencias de esta situación. De manera que el fundamento de los perjuicios demandados no está demostrado, y es, por consiguiente, el caso de absolver de este cargo al Departamento.

Por todo 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 de que se ha hecho mérito, y en su lugar

resuelve:

Primero. Está vigente y obliga entre sí a las partes contratantes, al tenor de sus estipulaciones, el contrato celebrado por el Gobierno del Departamento de Boyacá y la Sociedad Colombiana de Fomento, contrato que consta en la escritura pública número mil setenta y uno (1071), de fecha veintisiete de julio de mil novecientos veintiuno, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá, con las modificaciones de que trata el proveído de la Gobernación de Boyacá, y que lleva fecha quince de diciembre de mil novecientos veintiuno, consistentes en la prórroga del plazo para la entrega de los planos y en la variación del lugar para recibirlos.

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, no producen efectos jurídicos en contra del contrato mencionado las Resoluciones números quince (15) y dos (2), de fechas treinta de noviembre de mil novecientos veintinueve y veintidós de agosto de mil novecientos treinta, respectivamente, proferidas por la Gobernación del Departamento de Boyacá, en las que se declara caducado dicho contrato e incursa a la Sociedad Colombiana de Fomento en la multa de cinco mil pesos ($ 5,000); Resoluciones que quedan anuladas en todas y en cada una de sus partes.

Tercero. La Sociedad Colombiana de Fomento no ha incurrido en la multa de cinco mil pesos ($ 5,000), pactada para el caso del incumplimiento dicho.

Cuarto. La Sociedad Colombiana de Fomento cumplió con las obligaciones civiles pactadas en el contrato tántas veces mencionado y en sus modificaciones, especialmente las contenidas en las cláusulas primera, segunda y quinta, con sus modificaciones.

Quinto. El Departamento de Boyacá ha cumplido también con las obligaciones pactadas, relativas a los trabajos de mensura y demarcación de las cien mil hectáreas a que se refiere el contrato citado.

Sexto. Absuélvese al Departamento de Boyacá del cargo formulado en la petición sexta de la demanda, relativa a la indemnización de perjuicios que se le atribuyen.

Sin costas, por no haber lugar a decretarlas.

Estampíllese, publíquese, cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JENARO CRUZ V.—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En libelo de fecha diez y nueve de agosto de mil novecitos treinta, dirigido a los señores Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doctor Jesús María Henao de Francisco, en su propio nombre, propuso demanda contra la Nación, "para que, con citación y audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, y mediante los trámites de un juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Nación es responsable, a causa de culpa cometida por agentes suyos, de los daños y perjuicios que he sufrido—dice—a consecuencia de la herida que el veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho, me produjo la explosión producida por un taladro en las peñas de **El Claro**, cerca de la estación Garavito, del Ferrocarril Central del Norte.

"Segunda. Que en fuerza de tal responsabilidad, la Nación debe pagarme la cantidad de ciento veinte mil pesos ($ 120,000) moneda legal, en que estimo los referidos perjuicios, o la suma que se fije por peritos en la forma legal."

Como fundamentos de hecho de su acción, adujo éstos:

"1º Soy ingeniero electricista.

"2º El veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho, hallándome ocupado como Gerente, accionista y Director técnico, en la dirección de los trabajos de la planta eléctrica que la Compañía de Energía Eléctrica de Chiquinquirá tiene en el sitio de **El Claro**, muy cercano al punto en que los obreros del mencionado Ferrocarril ejecutaban trabajos de la Empresa, fui herido gravemente en la cabeza, por una piedra o fragmento de roca que, al reventar, lanzó un taladro preparado y prendido por dichos obreros.

"3º Por causa de esa herida estuve privado de sentido y de conocimiento durante varias horas, y por tiempo muy largo, completamente incapacitado para atender a mis ocupaciones.

"4º Repuesto de la enfermedad aguda que me produjo la herida, he quedado con dolencias y defectos, que disminuyen considerablemente mi aptitud para el trabajo.

"5º El haber sido herido de la manera que queda indicada, se debió a que los agentes y obreros de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte no tomaron, en el acto de poner fuego al taladro a que me he referido, o sea en el acto de hacer estallar el explosivo, las precauciones que exigen la prudencia y el respeto a la vida y seguridad de las personas.

"6º Como consecuencias de estos hechos he sufrido perjuicios, cuya cuantía no puede estimarse inferior a la cantidad arriba indicada."

Como fundamento jurídico de su acción citó las disposiciones de los artículos 2341, 2349, 2356 y sus concordantes del Código Civil; apartes **d)** y **e)** del artículo 26 de la Ley 76 de 1920; anticipándose con la presentación de algunos documentos, que juzgó adecuados a su intento.

Admitida la demanda, dentro del término del traslado, y antes de contestarla, el señor Fiscal 2º del Tribunal mencionado exigió al actor la correspondiente fianza de costas que, otorgada, autorizó el curso del negocio, y dio lugar a la respuesta correspondiente, emitida por el Agente del Ministerio Público en nombre de la Nación, quien se opuso a las condenaciones pedidas, "porque no es posible o fácil demostrar—dice—que la piedra o fragmento de roca que causó la herida al demandante haya sido lanzada por la explosión de un taladro, ni que el taladro lo reventaron los empleados del Ferrocarril, ni que éstos dejaran de observar las precauciones necesarias para evitar accidentes. Es más de creer que el demandante fue quien no tuvo el cuidado necesario, y que fue por su exclusiva culpa el accidente que sufrió, porque siendo muy visible la sección en que se quemaban y reventaban continuamente taladros en la época indicada, ha debido poner de su parte, aun cuando fuera un pequeño cuidado, para evitar cualquier peligro, en el supuesto de que hubiera sido un taladro el causante de la herida."

Negó los hechos 2º, 5º y 6º de la demanda, y con la declaración de no constarle los otros, echó sobre el actor la carga de la prueba correspondiente. Y concluyó proponiendo la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, consistente en "que el demandante fue herido por un guijarro lanzado o rodado por causas independientes de la voluntad de persona alguna, y todas las que resulten de los hechos que se demuestren en el juicio y que tiendan a eximir de toda responsabilidad a la Nación, muy especialmente de la falta de cuidado y de toda precaución del demandante, así como de la necesidad de quemar taladros en la apertura de vías y en ciertas empresas particulares, y de no poderse dar dirección a los fragmentos de las rocas reventadas."

Establecidos de esta manera los fundamentos de la controversia, llamado a pruebas el juicio y practicadas las que solicitaron las partes; allegados los alegatos, previa la respectiva citación para sentencia, el Tribunal dictó la de fecha once de mayo de mil novecientos treinta y dos, en que resolvió:

"1º Declárase que la Nación, representada en este juicio por el señor Fiscal 2º de este Tribunal, está obligada a pagar los daños y perjuicios que se le siguieron a Jesús María Henao de Francisco, como consecuencia de la herida que recibió en el cráneo el día veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho, herida que le fue ocasionada por una piedra desprendida de las peñas de **El Claro**, por la explosión de un taladro quemado en los trabajos que la Nación adelantaba en esa fecha en el Ferrocarril Central del Norte, cerca de la estación Garavito, que le ocasionó al demandante la limitación de sus facultades intelectuales y físicas para el trabajo.

"2º El valor de estos perjuicios será fijado en juicio separado.

"3º No es el caso de hacer en este juicio la segunda declaración pedida en la demanda; y

"4º No está probada ninguna de las excepciones propuestas por la parte demandada."

Como ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra este fallo, concedido legalmente, subieron los autos a este Despacho, donde, satisfecha la tramitación legal respectiva, con nueva dilación probatoria y previa la decisión de cinco incidentes, promovidos en su mayor parte por el actor, por cuanto no se observa en el procedimiento causal que lo invalide y que oportunamente deba declararse, se procede a determinar los fundamentos del recurso, teniendo presentes así la apreciación de las pruebas aducidas en la primera instancia, como la de las allegadas aquí, y las disposiciones sustantivas en que la acción aparece sustentada, mediante las consideraciones que siguen:

Primera. El Tribunal funda su fallo en estos comentarios:

"Por la primera petición de la demanda se pretende que la Nación sea declarada responsable del pago de los perjuicios que se le siguieron al demandante con motivo de una herida que recibió en la cabeza el día veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho, herida que le fue ocasionada por la explosión de un taladro, hecho ocurrido en las peñas de El Claro, cerca de la estación Garavito, del Ferrocarril Central del Norte.

"Para la prosperidad de esta acción es preciso que se hallen establecidos los siguientes hechos:

"a) El hecho material que se dice ha ocasionado los perjuicios sufridos por el demandante, hecho que consiste en la herida recibida por éste en la cabeza, y que tuvo lugar el veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho.

"b) Que esa herida fue causada por la explosión de un taladro, el que fue prendido sin que se hubieran tomado las precauciones que la prudencia indica para evitar perjuicios a las personas que pudieran hallarse cerca del lugar en donde se produjo la explosión.

"c) Que quienes ejecutaron el hecho que ocasionó la herida recibida por Henao de Francisco, trabajaban por cuenta de la Nación; y

"d) Que debido al descuido de éstos se consumó el accidente de que se trata.

"Si se atiende al dictamen de los peritos, doctores José Vicente Huertas y Pedro E. Cruz R., es indudable que el demandante Henao recibió una herida contusa en el cráneo, en la región del occidacio y al nivel de la comisura longitudinal, con pérdida de hueso y hundimiento de las partes blandas subyacentes. Este concepto pericial se halla corroborado con las declaraciones de los doctores Celso Jiménez López y Miguel Jiménez López. Además, de las declaraciones de Joselín Torres, Elías Riaño, Gregorio Rodríguez y Cayetano Rodríguez, se desprende que tal herida la recibió Henao de Francisco el día veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho, hallándose éste en el sitio y lugar indicados por los declarantes. Aparte de estos testigos presenciales, existen otras declaraciones, con las cuales se comprueba, si no la causa que le ocasionara la herida a Henao de Francisco, al menos que éste, estando en el lugar cercano a la estación Garavito del Ferrocarril Central del Norte, el día indicado, estaba recientemente herido.

"De manera que no hay duda acerca de la existencia de la herida, que el demandante afirma sufrió el veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho, hallándose en el sitio ya mencionado.

"Los testigos citados anteriormente, quienes se encontraban el veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho trabajando por cuenta de Henao de Francisco en el sitio o lugar en donde éste se hallaba cuando fue herido, dicen que la herida que Henao recibió en ese día fue producida por una piedra desprendida de la roca del Huso, por la explosión de un taladro. Al respecto, basta transcribir lo pertinente de una de las declaraciones, pues todas ellas se hallan de acuerdo, al menos en lo sustancial. Así se expresa el testigo Elías Riaño:

'Me consta, por haberlo presenciado, que el veinte de noviembre último, como a las once y media de la mañana, estando el suscrito en compañía del doctor Jesús Henao de Francisco, Cayetano, Gregorio y Aquilino Rodríguez, Joselín Torres y otros, cerca a la planta eléctrica en esta jurisdicción, reventó un taladro al otro lado del río Suárez, en los trabajos de la Sección segunda del Ferrocarril Central del Norte; nos hallábamos en citio (sic) descubierto, y de repente cayó una piedra, que hirió en la cabeza al doctor Henao de Francisco; yo oí perfectamente la detonación del taladro, el que no fue anunciado en ninguna forma por los empleados del Ferrocarril antes de reventarlo. También vi caer en tierra, sin sentido, al doctor Henao de Francisco, en el momento que recibió el golpe de la piedra en la cabeza, lo mismo que cuando cayó la piedra y le dio el golpe que lo hirió en la cabeza. En tales circunstancias dimos aviso a los empleados de la planta, y uno de ellos, el señor Manuel José Hurtado, ocurrió en seguida, y entre él y los que estábamos con el doctor Henao, llevámos a éste alzado para la pieza de habitación de la planta, donde lo examinaron los médicos, y pasó la noche en completa postración.....

'En el momento en que reventó el taladro, fuera de nuestra confusión, lo que hicimos fue, como ya dije, dar aviso inmediato de lo ocurrido a los empleados de la planta.'

"Que quienes ejecutaron el hecho obraron por cuenta de la Nación, es cosa que se pone de manifiesto, si se atiende a que ella es la propietaria de la obra que se ejecutaba en el lugar en donde ocurrió el accidente y que por su cuenta se adelantaba.

"En efecto: el Ferrocarril Central del Norte se ordenó construír por medio de los artículos 1º y 2º de la Ley 119 de 1913, que dicen:

'Artículo 1º Declárase de necesidad y utilidad públicas la construcción de la línea férrea que por esta Ley se decreta.

'Artículo 2º Autorízase al Poder Ejecutivo para llevar a cabo, por sistema de administración, la construcción del ferrocarril de Nemocón al río Magdalena, pasando por Chiquinquirá, Pamplona y Cúcuta, pasando por Tunja, Santa Rosa y Soatá, en los términos de la presente Ley.'

"Después, en leyes posteriores, el Gobierno ha dictado otras medidas tendientes a la prosecución de la obra. Entre tales leyes se pueden citar como principales las siguientes:

"La Ley 57 de 1917, que en su artículo 3º dice:

'Para dar desarrollo a las autorizaciones que el Gobierno concede por la Ley 119 de 1913, relativas a la prolongación del ferrocarril del Norte, podrá emitir y colocar,

en mercados nacionales o extranjeros, bonos en cantidad suficiente para llevar a cabo la obra, en una proporción que no exceda de treinta mil pesos por kilómetro. Estos bonos tendrán la garantía del Gobierno, el cual queda autorizado para fijarles el interés correspondiente, así como el descuento inicial y el fondo de amortización, atendiendo a las circunstancias del mercado. El contrato que celebre en virtud de esta autorización, será sometido a la aprobación o desaprobación del Congreso.'

"La Ley 114 de 1919, que estableció en sus artículos 1º y 2º:

'Artículo 1º Tan pronto como la presente Ley entre en vigencia, procederá el Gobierno a acometer la construcción de los ferrocarriles decretados por las Leyes 60 de 1919, 119 y 129 de 1913. De Chiquinquirá se continuará un ramal que conecte esta ciudad con la vía del Carare, a que se refiere la Ley 60 citada.

'Para la ejecución de los trazados y demás estudios técnicos que de las referidas líneas estén por hacer, el Gobierno designará las comisiones que correspondan para cada vía, determinando previamente el personal que deba integrarlas, y fijándoles asignaciones. Las partidas suficientes para cubrir tales gastos se declaran incluídas en los presupuestos de la presente y de las próximas vigencias.

'Artículo 2º La construcción de los indicados ferrocarriles podrá acometerla el Gobierno por administración directa o delegada, o por contratos a precio fijo por kilómetro, total o parcialmente, si la construcción en esta forma resultare más ventajosa que en las otras contempladas.'

"La Ley 102 de 1922 dijo lo siguiente:

'Artículo 1º Autorízase al Gobierno para que contrate dentro del país o fuera de él, con personas naturales o jurídicas, de derecho privado, un empréstito o empréstitos hasta por cien millones de dólares o veinte millones de libras esterlinas oro, destinados a la construcción y desarrollo de las vías férreas, al mejoramiento de los puertos y a las principales vías fluviales de la Nación.'

. . . . . .

'Artículo 3º El producto del empréstito se destinará exclusivamente a la construcción y desarrollo de las vías férreas del país, al mejoramiento de los puertos y de las principales vías fluviales de la República, en las cuales esté establecido el impuesto fluvial.

'Artículo 4º Entre las vías férreas a que se refiere el artículo anterior, se dará preferencia a las siguientes:

'La que comunique a Bogotá con el Bajo Magdalena o con el Océano Atlántico a través de los Departamentos de Cundinamarca, Boyacá, Santander y Magdalena, bifurcada por las hoyas de los ríos Chicamocha y Suárez y con ramales del Carare a Tunja y de Bucaramanga a Puerto Wilches.'

. . . . . .

'Artículo 17. Queda facultado el Gobierno para contratar con ingenieros de la más alta reputación, el estudio técnico, el presupuesto de construcción, el prospecto de producción, etc.; de una parte o de la totalidad de las vías determinadas en el artículo 4º. En este caso los estudios que hasta el presente se hayan verificado sobre alguna o algunas de tales líneas, se tomarán en cuenta para rectificarlos o complementarlos, si fuere necesario; pero para la contratación del empréstito o empréstitos no será indispensable que el Gobierno ejercite previamente la facultad que se le confiere en este artículo.

'Artículo 18. Dentro de las facultades que por la presente Ley se otorgan al Gobierno para contratar empréstitos destinados a la ejecución de las vías férreas, queda comprendida la de contratar la ejecución de tales vías, mediante el aporte por parte de los constructores de una cuota no inferior a la mitad del costo efectivo de la construcción, debiendo el Gobierno concurrir hasta con la mitad restante. Mas es entendido que en este caso no podrá otorgarse a los contratistas constructores la administración de las obras que construyan, ni concesión de baldíos ni de ningún otro orden, ni intervención ninguna en la fijación de las tarifas. Los contratistas sólo podrán tener derecho a la amortización de su capital, a los intereses sobre su aporte y una comisión por la dirección técnica, modalidades de contratos que deben ser aprobados por la Junta Nacional de Empréstitos.'

"En el artículo 8º de la Ley 98 de 1923, se dijo:

'Con los fondos provenientes de la indemnización americana, el Gobierno procederá al estudio y construcción de las obras ordenadas en la Ley 102 de 1922, y en las que la adicionan y reforman, y al cumplimiento de las disposiciones de las mismas leyes, intensificando los trabajos de estudio y de construcción hasta donde sea posible. Con el mismo fin hará todo lo conducente para conseguir los empréstitos necesarios, bien en materiales de construcción, en dinero, o bien en la forma de contratos de empréstito y construcción, para lo cual quedan vigentes los artículos pertinentes de la Ley 102 de 1922.

'Todos los contratos que celebre en desarrollo de las autorizaciones concedidas en el presente artículo, requerirán para su validez, las mismas condiciones exigidas por la Ley 102 citada.'

"Hay otras disposiciones, ya de la citada Ley 119 de 1913, como de las Leyes 83 de 1919 y 46 de 1920, en las cuales se establecen medidas relativas a la construcción del ferrocarril central del Norte, en la parte comprendida entre Chiquinquirá y Nemocón, pero especialmente el artículo 1º, 6º, 9 (sic) de 1926, estableció que el ferrocarril central del Norte debía pasar por la ciudad de Bucaramanga, y que, por consiguiente, los trabajos de construcción de las secciones continuarían, teniendo en cuenta esta disposición.

"Finalmente, en los presupuestos nacionales de gastos han venido figurando partidas destinadas a la construcción de este ferrocarril; así, por ejemplo, en el Presupuesto de 1927, Ley 52, artículos 593 y 594 se apropiaron las siguientes partidas:

'Ferrocarril Central del Norte—Sección 1.ª

'Artículo 593. Para construcción, explotación adicional y mejoras, $ 4.000,000.

'Ferrocarril Central del Norte—Sección 2.ª

'Artículo 594. Para construcción, explotación, adiciones y mejoras, $ 2.800,000.'

"Ahora bien: si el legislador ordenó la construcción del ferrocarril central del Norte, determinando los puntos por donde debe pasar, y por medio de distintas leyes ha provisto la manera como debe realizarse dicha obra, apropiando las partidas necesarias para ello, es clarísi-

mo que esta obra es de la Nación, y también que por su cuenta se está ejecutando.

"Pero pudiera creerse que por cuanto el Gobierno ha sido autorizado por uno de los textos legales transcritos para que la obra se pueda construír por el sistema de administración directa o delegada, o por contratos a precio fijo por kilómetro, es preciso para que la acción entablada por el demandante prospere, que se demuestre en qué forma se está construyendo el ferrocarril por la Nación, porque bien pudiera sostenerse que si tal obra se construye por uno de los últimos sistemas, los perjuicios que se causen a terceros con ocasión de la construcción, o más bien de la ejecución material, no son de cargo de la Nación sino del contratista o constructor.

"Esta cuestión envuelve únicamente un problema de prueba.

"Se sabe que quien hace valer un derecho debe probar los hechos de los cuales lo pretende deducir. Pero la prueba que debe dar sobre la existencia de esos hechos no debe extenderse hasta determinar la forma misma o modo como tales hechos hayan podido tener lugar, cuando no es ésta precisamente la cuestión objeto de la discusión.

"Es decir, como lo sostiene el tratadista Fitting, citado por Lessona en su tratado de pruebas:

'El que quiere hacer valer un derecho debe probar sencillamente los hechos que, según la relación normal, engendren el derecho, reclamen la aplicación del precepto regla; el que contradice el derecho debe probar los hechos anormales que impiden su existencia y hacen aplicables el precepto excepción.'

"Al aplicar el principio de que es al actor o a quien afirma la existencia de un hecho a quien le corresponde demostrar los fundamentos de los cuales pretende deducir su derecho, no puede irse hasta el extremo de exigirle que para la prosperidad de su acción demuestre la forma misma como los hechos se han verificado, porque de esta suerte vendría a hacérsele ilusorio su derecho.

"En el caso de autos, estando plenamente establecido que la obra del Ferrocarril Central del Norte es de la Nación, y que por cuenta de ella se adelanta, lo normal es que la Nación, por medio de sus dependientes, pero de manera directa, la esté llevando a cabo; no que haya acudido a alguno de los sistemas para los cuales en realidad tiene autorización legal. Y si la entidad demandada pretende que por estarse adelantando la obra por el sistema de administración delegada o por otro distinto, es el contratista quien debe responder de los perjuicios que se le hayan causado a terceros en la construcción de la obra, esta afirmación, que no desconoce la verdad de los hechos alegados por el actor, es una excepción que debe probarla quien la alega; por lo cual es a éste a quien le corresponde la carga de la prueba, no al demandante, el que ha cumplido con el deber de establecer los hechos que normalmente dan nacimiento a un derecho como el que reclama.

"En los autos existe un certificado del Gerente del Ferrocarril Central del Norte, en el cual se afirma que la Gerencia no tenía conocimiento del nombre del obrero que prendió fuego al taladro, porque los trabajos efectuados en las rocas de **El Claro** se verificaron por el señor Daniel Ortiz, con quien el Gobierno Nacional celebró un contrato a destajo.

"Lo afirmado en este certificado no es plena prueba sobre la forma como se adelantaban los trabajos del ferrocarril en las rocas de **El Claro**, y sería preciso conocer los términos del contrato mismo celebrado por el Gobierno Nacional con Daniel Ortiz, para saber si éste es quien debe responder de los perjuicios ocasionados a terceros.

"Por último, que las personas que trabajaban por cuenta de la Nación el veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho en las rocas de **El Claro**, al reventar el taladro que ocasionó la herida a Henao de Francisco, lo hicieron sin tomar las medidas que la prudencia aconseja para evitar consecuencias desagradables, es caso que también se patentiza, si se atiende al testimonio acorde de las personas que estaban con éste en el momento en que fue herido, y esto se corrobora con el dicho de los testigos Manuel Hurtado (folio 40), Francisco M. Casas (folio 49), Alejandro Rodríguez (folio 57) e Ignacio Torres (folio 66), de cuyas relaciones se desprende que, antes de quemar el taladro, no hubo aviso alguno para que las personas que se hallaran cerca del lugar en donde se produjo la explosión hubieran podido evitar los daños. Y sobre este particular existe, además, el testimonio de Gumersindo Rodríguez, quien dice lo siguiente:

'Es cierto que el veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho ejercía el cargo de sobrestante en los trabajos que por cuenta del Ferrocarril del Norte se adelantaban en las peñas de **El Huso**, frente a la planta eléctrica, donde el doctor Henao de Francisco adelantaba el montaje de la tubería, lo cual veíamos desde nuestro trabajo.....

'Me consta; pues como sobrestante ordené y vi cargar el taladro.....

'El taladro lo prendí a las once, poco más o menos, del día dicho, y una vez que prendí el taladro, corrí para ponerme en salvo, y luégo grité: **fuego**. No me consta que el doctor Henao de Francisco tuviera previo aviso de ninguna clase para que pudiera él y los obreros que le acompañaban ponerse a salvo, y haber así evitado el ser herido por una de las piedras que arrojó el taladro.'

"Queda, pues, igualmente establecido que las personas que trabajaban por cuenta de la Nación no tomaron precaución alguna a efecto de evitar el suceso desgraciado de que fue víctima el demandante.

"Además de lo establecido en el artículo 2347 del Código Civil, en donde se consagra la responsabilidad por la culpa de un dependiente, existe la disposición contenida en el artículo 26 de la Ley 76 de 1920, inciso e), en el cual se establece que las empresas de ferrocarriles están obligadas a indemnizar los daños que se causen a las personas que viajen en los trenes o estén en las inmediaciones de las vías, motivados por descuidos, omisiones o impericia de los empleados encargados de los servicios de la empresa.

"Por tanto, en el caso controvertido, hallándose debidamente establecidos los hechos, el descuido de las personas que trabajaban por cuenta de la Nación en la Empresa del Ferrocarril, ésta debe responder de los perjuicios que se le siguieron al demandante.

"El señor Fiscal, en su alegato de conclusión, sostiene que la Nación no es responsable de los perjuicios que haya sufrido Jesús María Henao de Francisco, porque

éste pudo evitar la consumación del suceso que le causó la herida, poniéndose a salvo de él en parte segura, puesto que según el dicho de Luis Francisco González, 'existían horas oficiales y reglamentarias para reventar taladros, y avisos previos de la voz de **fuego**, y en cuanto esto se violaba, se castigaba con multa.'

"Pero este hecho no está plenamente demostrado, y aun cuando el ferrocarril, en la parte que se construía el veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho, tenía horas precisas y determinadas para reventar los taladros, esa circunstancia por sí sola no obligaba a que los terceros que trabájaban en los lugares aledaños, no pudieran hacerlo durante las horas fijadas para tal efecto; era necesario que se les diera aviso sobre la llegada de la hora y la ejecución de esa clase de trabajos, y tan evidente es esto, que el mismo testigo citado por el señor Fiscal, dice que se daban avisos previos antes de proceder a quemar los taladros, y como ya quedó establecido en otro lugar, el día en que tuvo lugar la explosión de que aquí se trata, no hubo aviso alguno; de manera que en atención a esta otra circunstancia, tampoco podría eximirse de responsabilidad a la Nación.

"Del estudio hasta aquí hecho se deduce que no está probada ninguna de las excepciones propuestas por el señor Fiscal al contestar la demanda.

"En consecuencia, la primera petición de la demanda deberá acogerse.

"Por la segunda petición del libelo en estudio, se pretende que la Nación está obligada al pago de ciento veinte mil pesos, en que el demandante estimó los perjuicios que se le siguieron, o la que en el curso de este juicio fijaren peritos.

"Para que prospere esta otra petición, es preciso que se haya establecido la naturaleza de la incapacidad consecuencial a la herida que recibió el demandante, y, por lo mismo, la falta completa o al menos la disminución de la capacidad productora del mismo; y luégo si se ha establecido en cantidad líquida el valor de los perjuicios ocasionados por esa incapacidad o inhabilidad para la producción.

"En relación con la primera cuestión, el expediente contiene los siguientes datos:

"El demandante, en el hecho 4º de los en que funda su demanda, se expresa así:

'Repuesto de la enfermedad aguda que me produjo la herida, he quedado con dolencias y defectos que disminuyen considerablemente mi aptitud para el trabajo.'

"De manera que, según la propia manifestación del demandante, la incapacidad que le produjo la herida no lo ha inhabilitado de manera absoluta para dedicarse al trabajo, sino que tan sólo le ha disminuído considerablemente la aptitud para el trabajo.

"El doctor Celso Jiménez López, después de describir la naturaleza de la herida y las consecuencias que de ella se le siguieron a Henao de Francisco, se expresa así:

'La reabsorción de los derrames y la cicatrización y consolidación de las fracturas que se siguieron a la intervención quirúrgica y que se han efectuado mediante una severa higiene y un tratamiento apropiado, han mejorado todas estas turbaciones, pero siempre han dejado un estado algo anormal: pérdida de algunas especies de memoria, verbigracia, la de los nombres propios. Dificultad, casi imposibilitada para ejecutar trabajos intelectuales de alguna duración: lectura, escritura, dibujo.'

'Como se puede probar con los diagramas que se han tomado del campo visual: éste está periférica y concéntricamente reducido en ambos ojos, lo que demuestra una alteración, muy probablemente una atrofia parcial y periférica de los nervios ópticos, sin duda, debida a la compresión por los derrames de la base. La agudeza visual actual, es decir, su visión central, es normal con ayuda de lentes correctores. Creo también que estas turbaciones persistentes habrán de mejorar con higiene, descanso y tratamiento médico; pero en todo caso, el pronóstico por algunos conceptos es y debe ser reservado y cauteloso; y el completo restablecimiento o vuelta a la completa normalidad, será de tiempo muy largo, imposible de precisar.'

"Del dicho de este facultativo se desprende que el doctor Henao de Francisco, aun cuando quedó realmente incapacitado para el trabajo, no lo es completamente, ni de manera definitiva.

"El doctor Miguel Jiménez López se expresa así:

'El doctor Jesús María Henao de Francisco, quien sufrió hace once meses un fuerte traumatismo craneano, presenta hoy, como consecuencia de ese accidente, algunas perturbaciones sensoriales, que son muy notorias, y, además, un debilitamiento de la atención y de la memoria, y una manifiesta dificultad para el trabajo mental, caracterizado por una pronta fatiga y por una dificultad invencible para concentrar sus facultades en cualquier tarea.

'La duración de este estado, de indudable inferioridad funcional, no puede ser calculada de antemano. En ocasiones esta clase de fenómenos se prolonga por tiempo indefinido.'

"Según el concepto de este otro facultativo, aun cuando en realidad Henao de Francisco se hallaba en el momento en que fue examinado por el doctor Miguel Jiménez López en un estado de inferioridad funcional de sus facultades intelectuales, ocasionado por el traumatismo, sin embargo, aun teniendo en cuenta los términos de su declaración, Henao de Francisco no quedó incapacitado completamente y de manera definitiva para el trabajo.

"Los peritos doctores José Vicente Huertas y Pedro E. Cruz R., al contestar las preguntas que les hizo el demandante, y que se refieren a las consecuencias que puedan quedarle a la persona que sufra una herida contusa en el cráneo, y a la duración de esas consecuencias, se expresan en la siguiente forma:

'La historia clínica demuestra que el doctor Henao tuvo alteraciones muy graves a consecuencia del traumatismo, las cuales fueron oportunamente tratadas. El doctor Henao estuvo sin conocimiento durante varios días, y luégo ha venido sufriendo de vértigos intermitentes con caída del cuerpo hacia el lado izquierdo, si no puede protegerse oportunamente; dolores de cabeza, que limitan sus capacidades para el trabajo, y que aparecen cuando fija la atención o la vista. Estos dolores comienzan en la región traumatizada, y puede observarse que, cuando los padece, se produce un abombamiento de la cicatriz, que contrasta con el hundimiento en que habitualmente se palpa. Según el examen técnico del especialista en las enfermedades de los ojos, aparece una

hemianopsia con fatiga ocular y una reducción del campo visual, que lo lleva en ocasiones a la pérdida transitoria de la visión. La memoria ha disminuído, y su sistema nervioso se ha hecho irritable. Hay, además, alteraciones de la sensibilidad extérmica y dolorosa sin sistematización alguna, y una disminución del reflejo patelar izquierdo.....

'A la primera parte de la pregunta, debemos contestar afirmativamente, y en cuanto a la segunda parte, también creemos que las alteraciones que actualmente sufre el doctor Henao son consecuencia del traumatismo sufrido, pues habiéndolo examinado en varias ocasiones cuidadosamente, y habiendo verificado las pruebas de laboratorio indispensables, no hemos hallado otra causa patológica a la cual pudiera atribuirse.....'

".... La respuesta a este tercer punto está en parte contenida en la contestación a la pregunta primera; y en cuanto al carácter transitorio o permanente de las lesiones sufridas por el doctor Henao, debemos anotar, en primer lugar, el tiempo transcurrido desde la época del traumatismo (dos años y medio), tiempo suficiente para que haya terminado el proceso de cicatrización de los tejidos afectados; por consiguiente, tenemos que aceptar que la mayoría de las lesiones que actualmente pueden comprobarse en el doctor Henao, son de carácter permanente, tales como la pérdida hósea (sic) en la bóveda craneana, que implica para el paciente un peligro, por la falta de defensa adecuada de la masa encefálica. En lo que respecta a las alteraciones funcionales, oculares, sensitivas e intelectuales, su pronóstico es bastante oscuro, y aun cuando no es muy de temer que se agraven, la mejoría es muy aleatoria, basada solamente en lo que pueda esperarse del trabajo de reducción de los centros nerviosos, de tal manera que es casi imposible que llegue a haber una **restitutio ad integrum** de las funciones alteradas.'

"Del concepto pericial transcrito se desprende que al demandante Henao de Francisco le quedarán algunas lesiones de carácter permanente y otras que pueden ser transitorias, lo que hace que se limiten sus capacidades para el trabajo; pero no de la afirmación del demandante, ni del dicho de los facultativos, cuya certificación se trajo a los autos, ni del dictamen pericial, aparece que el demandante haya quedado completamente incapacitado para el trabajo.

"Ahora, en cuanto a la prueba que se ha dado respecto de la cuantía líquida en que se traduzca la limitación o disminución de las facultades del demandante Henao de Francisco para el trabajo, como consecuencia de la herida que recibió, existe el dictamen pericial rendido por los doctores José Antonio Montalvo y Manuel F. Hernández, el cual se pasa a estimar:

"Los peritos emplearon con criterio, para determinar el valor de los perjuicios sufridos por el demandante, la determinación del sueldo que éste podía devengar mensualmente, considerando ese sueldo como un interés mensual, y la cantidad que diera o produjera esa renta a una rata del nueve y cuarto por ciento (9¼ por 100) anual, era la cantidad monto de los perjuicios.

"En relación con la incapacidad para el trabajo, consideraron los peritos que el doctor Henao de Francisco, dadas las perturbaciones funcionales que había sufrido a consecuencia de la herida, habían quedado completamente alteradas sus aptitudes para el trabajo, y que en adelante no podría volver a ocuparse en los trabajos propios de su profesión y a los que estaba dedicado cuando ocurrió el accidente.

"La Sala no puede aceptar este concepto, porque la misma afirmación del demandante está indicando que las lesiones consecuenciales de la herida no lo privaron completamente de las aptitudes para el trabajo, sino que tan sólo se las limitaron o disminuyeron, luego los peritos han debido estimar la realidad del perjuicio que se le seguía al demandante, y no colocarse en una situación distinta de la propuesta por el actor.

"Ahora, en cuanto a los elementos que han tomado los peritos como factor para determinar la cantidad que mensualmente podría devengar el demandante Henao de Francisco, tampoco son aceptables en su totalidad, por las razones que se van a expresar:

"Según las declaraciones de Teodiseldo Macías y Pablo E. Suárez Durán, Jesús María Henao de Francisco estaba devengando al tiempo en que ocurrió el accidente, como Gerente y Director Técnico de las Empresas denominadas Molinera de Occidente y Energía Eléctrica de Chiquinquirá, cuatrocientos veinte pesos mensuales, pero los peritos no consideraron que el doctor Henao de Francisco estaba encargado de la dirección técnica de las empresas, y que la planta eléctrica estaba ampliándose, o a lo menos aún no se hallaba debidamente establecida, ya que el nombrado Henao de Francisco estaba precisamente ocupado en un trabajo de explanación en el momento en que fue víctima del suceso de que aquí se trata; y bien se comprende que si se estaba instalando una empresa, la dirección técnica de ella tenía que ser pagada, pero una vez que terminara su instalación, claro es que terminaba también ese gasto; por consiguiente, para que este factor tomado por los peritos como elemento para determinar la cantidad que mensualmente pudiera devengar el demandante, era preciso que en cuanto a lo que se le pudiera pagar como Gerente, se hubieran tomado los datos convenientes, a efecto de determinar si, dada la magnitud de las empresas que gerenciaba y su conservación, el sueldo que debiera pagársele no podría ser menor del devengado por Henao de Francisco, o si, por el contrario, ese sueldo estaba fijado en la cantidad a que se refieren los testigos, debido a que las empresas aún no se hallaban instaladas convenientemente, y por lo mismo requerían todavía la dirección técnica de un ingeniero o especialista, y en este supuesto cuál es la cantidad en que se podía estimar el valor de esa dirección.

"Además, en relación con otro de los factores que han tenido en cuenta los peritos, consistente en la explotación de una montaña que había adquirido el demandante a poca distancia de Chiquinquirá, debieron éstos haber determinado la clase de montaña, la situación y demás circunstancias que pudieran indicar cuál hubiera sido la utilidad que reportara Henao de Francisco con una explotación conveniente y adecuada; y nada de esto se ha hecho por los peritos.

"Considera el Tribunal que en los autos no existe plena prueba sobre el valor de los perjuicios sufridos por el demandante, ya que el dictamen pericial rendido con tal fin adolece de serios reparos, que lo hacen inadmisible en sus conclusiones, y por este motivo, en el presente fallo, no podrá hacerse condenación en concreto, sino

que se habrá de remitir a otro juicio para la determinación líquida de tales perjuicios."

Segunda. En el mismo orden de ideas expuesto por el Tribunal, la Corte, a su vez, hace el estudio del caso controvertido, así:

La acción aquí ejercitada, desde el punto de vista sustantivo, aparece fundada en los artículos 2341, 2349 y 2356 del Código Civil, que establecen y reconocen la responsabilidad civil por las culpas y delitos que infieren daño a otro, y especialmente la responsabilidad de los amos del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicios prestados por éstos a aquéllos, con la salvedad de quedar exentos de ella "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 modo de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente"; pues—dice el artículo 2349 citado—"en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes."

Los autores y la jurisprudencia han fundado la responsabilidad aquí establecida, bien sobre una relación de autoridad o de señorío de quien es sujeto en la esfera de intereses económicos, por virtud de la dirección que en desarrollo de esos mismos intereses le corresponde dar a sus criados y dependientes; o por la relación de causalidad existente entre el dueño y su patrimonio, o de quien ha extendido su actividad y en ejercicio de la misma perjudica a los terceros, o en la representación especial que existe tácitamente establecida entre el dependiente y el amo. Y últimamente, en el organismo que constituye la empresa, organismo que tiene por cabeza al propietario responsable y por miembros a aquellas personas de quienes él se vale para ejercitar su actividad, siendo equitativo que el jefe responda por los miembros, sin que valga objetar que el salario del dependiente pudiera obligarlo conjuntamente en la responsabilidad, pues la limitación del mismo y la ilimitación del beneficio del patrón, jurídicamente establecen diferencia, haciendo recaer la responsabilidad en el último. Siendo este mismo criterio el que autoriza extender, por la identidad de circunstancias, la responsabilidad hasta las entidades de derecho público cuando ejercen sus actividades incrementando su patrimonio privado; responsabilidad que, según el artículo 2349 que se comenta, nace también del obrar del prepósito, o sea la persona que ocupa el lugar de otra en una gestión determinada, que procede bajo sus órdenes, bajo la supervigilancia del patrón, de manera que es este último quien obra voluntariamente por mediación del primero.

En este mismo orden de ideas es preciso determinar la situación jurídica de las distintas personas que intervinieron en el hecho dañoso en que el doctor Jesús María Henao de Francisco funda su acción; hecho que debe tenerse como acreditado, de acuerdo con las pruebas suministradas, así en la primera como en la segunda instancia, para concluír si el Estado es realmente el responsable de las consecuencias de ese hecho, o si, por el contrario, el agente inmediato del mismo asume esa responsabilidad.

De las pruebas presentadas aparece que la causa inmediata del daño de que se trata lo fue la piedra lanzada por la explosión producida por el taladro quemado por Gumersindo Rodríguez, obrero de Daniel Ortiz, a su vez destajero de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, Empresa ésta de propiedad del Estado demandado.

Según el contrato hecho entre Daniel Ortiz, en su propio nombre, y la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, sección segunda, representada por los ingenieros J. D. Gómez y Carlos Edmundo Cortés, mediante la aprobación del Superintendente; contrato realizado de acuerdo con las Resoluciones números 78 de 1925 y 87 de 1926, originarias del Ministerio de Obras Públicas; según ese contrato, Ortiz se obligó para con la Empresa dicha a dirigir y administrar la construcción del "corte, ensanche, plataforma y nivelación" en la abscisa kilometral 178-604 a 730, de acuerdo con las siguintes condiciones:

"1ª La Empresa pagará por semanas vencidas el valor de los jornales correspondientes al personal de empleados en la obra, incluyendo en ellas un jornal para el destajero de $ 2-50 diario, para lo cual el Apuntador de la sección presentará semanalmente las planillas de jornales, que deberán ser visadas por el Inspector y por el Ingeniero de la sección. El jornal de los trabajadores puede ser computado por el sistema de tareas o por el de jornal fijo.

"2ª La Empresa suministrará los materiales que el destajero solicite para la ejecución de la obra, los cuales se cargarán a su precio de costo junto con el valor de los jornales, en una cuenta especial que la Empresa llevará a la obra. El destajero podrá suministrar los materiales, siempre que los precios sean menores de los que pague la Proveeduría de la Empresa.

"3ª Si a la terminación de la obra, su costo resultare ser inferior a la suma de cuatro mil quince pesos veintidós centavos ($ 4,015-22) a que asciende el presupuesto, según planilla que se adhiere a este contrato, la Empresa reconocerá a favor del destajero el valor de la diferencia o economía que se haya realizado.

"4ª La Empresa fiscalizará el avance de los trabajos por medio de liquidaciones periódicas, y podrá suspender al destajero si de cualquiera de ellas resultare que la suma gastada por la Empresa en jornales y materiales excede en diez pesos o más al valor de la obra ejecutada, computada a los precios unitarios del presupuesto, más el valor de los materiales no empleados que tenga en su poder el destajero, liquidados a su precio de costo. El espíritu de este contrato es el de que el costo de la obra para la Empresa no sea en ningún caso mayor del fijado por el presupuesto.

"5ª El destajero se obliga:

"**a)** A someterse al tiempo que tome para su personal el Apuntador de la Empresa.

"**b)** A ejecutar el trabajo, cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones del Ingeniero y del Inspector de la sección.

"**c)** A entregar terminada la obra dentro del término de sesenta días, y si no lo hiciere, la Empresa podrá suspender los trabajos, salvo el caso de fuerza mayor o caso fortuito comprobado.

"**d)** A alojar convenientemente el personal de trabajadores en campamentos higiénicos, para los cuales suministrará la Empresa los materiales a título de préstamo, y de cuyo valor se hace responsable el destajero, lo mismo que el valor de la herramienta que le será suministrada por la Empresa.

"e) A constituir un depósito de cincuenta pesos, como garantía para la Empresa, del valor de las herramientas y elementos para campamentos que se le hayan dado en préstamo.

"f) A no recibir o a suprimir inmediatamente el personal que rechace cualquiera de los ingenieros de la Empresa.

"f) bis. Se carga al destajero el descanso dominical.

"g) A cumplir los reglamentos de la Empresa y a velar por la organización y buena marcha de la misma.

"h) A no provocar desavenencias con ningún empleado, ni violar órdenes superiores o disposiciones reglamentarias, so pena de incurrir en las respectivas sanciones o en la suspensión del contrato, sin derecho a reclamación. El destajero renuncia a todo reclamo contra la Empresa por la cancelación de este contrato, en los casos previstos en las cláusulas anteriores."

Según este contrato, que determinó los derechos y obligaciones de las partes que en él intervinieron, y que es ley para las mismas; contrato realizado teniendo en consideración "que en la construcción de los ferrocarriles por entidades particulares y oficiales, el sistema que ha dado el mejor resultado es el de destajos o contratos pequeños con los cuadrilleros"; contrato ejecutado con el criterio de la conveniencia de "aprovechar en las obras férreas que adelanta la Nación, la experiencia obtenida y ratificada por la industria y el estímulo particular, con el objeto de sacar el mayor rendimiento de ellas," según lo declara la Resolución número 78 de 1925, por la cual se da una autorización a los gerentes o administradores de las empresas ferroviarias nacionales; autorización que por la Resolución número 87 de 1926, se extendió hasta "comprender todas las obras que puedan presentarse en un ferrocarril, tales como remoción de tierras, obras de arte, rocerías y desyerba de la zona, apertura de las cunetas, construcción de cercas, emparejado de la plataforma, distribución de traviesas y balasto, enrielado, nivelación de carrileras, etc."; según este contrato, la **dirección y administración del corte a que él se refiere,** confiada al destajero Ortiz, fue pagada mediante un jornal para el destajero, de dos pesos con cincuenta centavos diarios; y con el objeto de fomentar la economía de la Empresa, de un lado, y el interés del destajero y de los peones, del otro, según la Resolución primeramente citada, al terminar el destajo, la Empresa pagará al destajero el saldo que resulte a su favor al deducir del valor total de aquél las sumas que haya recibido el destajero para jornales y materiales, incluyendo el valor de las herramientas que no devolviere; "suma que debía distribuirse así: cuarenta por ciento para el cuadrillero y sesenta por ciento para los peones, distribuída proporcionalmente al tiempo que hubiere trabajado cada cual"; contrato hecho también en interés de la Empresa, como aparece de manifiesto, cuando en él declara que su espíritu "es el de que el costo de la obra para la Empresa no sea en ningún caso mayor del fijado por el presupuesto."

Según este contrato, por el cual se estipuló que el jornal de los trabajadores "puede ser computado por el sistema de tareas o por el de jornal fijo"; que al destajero se le suministrarán los materiales que solicite para la ejecución de la obra, o que éste podrá proporcionarlos "siempre que los precios sean menores que los que paga la Proveeduría de la Empresa"; que la Empresa fiscalizará el avance de los trabajos; que el destajero estaba obligado a someterse al tiempo que para su personal tome el Apuntador de la Empresa, a ejecutar el trabajo, cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones de los ingenieros, y **especialmente** a no recibir o a suprimir inmediatamente el personal que rechace cualquiera de los ingenieros de la Empresa; a cumplir los reglamentos; de todas estas estipulaciones se saca necesariamente la consecuencia jurídica de que la Empresa, en todo caso, tuvo sobre el destajero o cuadrillero todo el control indispensable para hacer de él un verdadero prepósito, que obraba de acuerdo con el querer y la voluntad de la Empresa, dependiente de la Nación, en su calidad de propietaria. Y en estas circunstancias, haciendo correcta aplicación de la disposición del artículo 2349 del Código Civil, idéntico en su fondo al 1384 del Código Civil francés, inciso 3º, y apreciando la jurisprudencia francesa, que interpreta este artículo considerando responsable "al empresario que ha contratado a destajo con una compañía de ferrocarriles la ejecución de ciertos trabajos, debe considerarse como el prepósito de esta compañía, en el sentido del artículo 1384, cuando resulta del conjunto de las obligaciones que le fueron impuestas, que la Compañía había conservado el control de esos trabajos, no solamente con el fin de asegurar su buena realización, sino también desde el punto de vista de las responsabilidades que podían sobrevenirle respecto del Estado, de las comunas o de los particulares; que, en consecuencia, la compañía es civilmente responsable de los accidentes que, en este caso, puedan imputarse a la imprudencia o a la negligencia del destajero." (Corte de Orleans, sentencia de 18 de julio de 1867, D. P. 67, 2, 136).

Se ha sentenciado también que una compañía de ferrocarriles es responsable respecto de terceros, de los accidentes sobrevenidos en la realización de los trabajos, aun ejecutados a precio fijo por un empresario, cuando estos trabajos han sido realizados bajo la autoridad de sus ingenieros, y que, en este caso, el empresario debe ser considerado como un verdadero prepósito de la compañía. (Corte de París, sentencia de 30 de enero de 1864, D. P., 64, 2, 215; sentencia de 17 de mayo de 1865, D. P. 65; 1, 373).

Igualmente se ha sentenciado por la Corte de Rouen, en 17 de febrero de 1868, que "paralelamente la Compañía de Ferrocarriles que, contratando a destajo con un empresario la construcción de un ferrocarril, declara reservarse la supervigilancia de la ejecución de los trabajos, es responsable de los accidentes que la negligencia del empresario ha causado a los obreros por él empleados; que el empresario debe, en efecto, ser considerado entonces como el prepósito de la Compañía; que la cualidad de empresario a destajo no tiene nada de incompatible con la de prepósito."

Así también, según sentencia de la Corte de París, de 30 de enero de 1864, arriba citada, se ha decidido "que una Compañía de Ferrocarriles, que conserva necesariamente la dirección general de la Empresa, aun en el caso en que los empresarios trabajen a destajo, por todo lo que dice relación a las precauciones que se deben tomar en interés de la seguridad pública, es responsable de los accidentes que puedan ser causados por la ausencia de estas precauciones."

De suerte que, de acuerdo con esta jurisprudencia, y puesto que se encuentra demostrada la dependencia exis-

tente entre el daño causado al actor Henao de Francisco y los actos realizados por Gumersindo Rodríguez, obrero de Daniel Ortiz, destajero de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, Empresa de propiedad del Estado demandado, hay que concluír que la responsabilidad del propietario en este caso se halla comprometida por el obrar de sus dependientes, de acuerdo con la disposición del artículo 2349 del Código Civil, materia de este comentario.

Y aunque contra esta conclusión se arguya por la parte demandada que "por administrar se entiende generalmente disponer, ordenar, manejar, regir, servir algo o cuidar alguna cosa; y que si el contratista por el hecho de haberse obligado a dirigir y a administrar la construcción del corte, tenía toda la libertad necesaria para ejecutar los trabajos encomendados a su dirección y administración en el sector correspondiente, indudablemente disfrutaba de igual prerrogativa en cuanto la elección y escogencia del personal de trabajadores; sin que esa libertad pudiera hallarse restringida por el inciso f) del artículo 5º del contrato, que lo obligaba a no recibir o a suprimir inmediatamente el personal que rechazara cualquiera de los ingenieros de la Empresa, y que, precisamente, esta estipulación confirma de una manera evidente la facultad de escogencia del personal que dejaba el contrato al destajero, de otra suerte no habría habido necesidad de consignarla en el contrato, puesto que si no tuviera la completa y total libertad de acción, en la selección del personal de sus obreros, éstos habrían sido colocados directamente por el ingeniero de construcción."

Y agrega:

"El veto que reservó el contrato al ingeniero, obedece indudablemente a las conveniencias de la obra, y era indispensable para la buena organización de la misma, sin que de eso pueda desprenderse que los obreros escogidos por el destajero o contratista, lo fueran de la Nación."

A todo esto se contesta:

Esta argumentación, aducida por la parte demandada es inadmisible, desde todo punto de vista, porque analizadas las distintas estipulaciones del contrato, tal como aparece copiado, el contratista no tenía la libertad necesaria para ejecutar los trabajos, desde luégo que en la parte técnica y económica estaba sujeto a la dirección de los ingenieros; ni mucho menos tenía libertad de elección y escogencia del personal de trabajadores, porque el hecho de no recibir o suprimir inmediatamente el personal que rechazara cualquiera de los ingenieros, sacaba del radio de las atribuciones del contratista aquella elección; y el veto reservado en el contrato a este respecto, si por extensión se relacionaba con las conveniencias generales de la Empresa y era indispensable para la buena organización de la misma, era un derecho del empresario y una obligación del contratista, y quien está obligado a dejar hacer, carece de libertad de acción sobre el punto de que se trata; y precisamente, esa reserva relacionada con las conveniencias generales de la obra, como indispensable para la organización de la misma, demuestra la dependencia inmediata en que estaban los obreros y aun el mismo contratista con respecto del patrón, dependencia que obliga a éste a responder de los actos de aquéllos.

Y no obsta a esta conclusión el certificado expedido por el señor Ministro de Obras Públicas, en que consta que tratándose de estos contratos "celebrados por el Gobierno con personas, sociedades o compañías, los trabajadores que éstos han utilizado en el desarrollo de las obras materia de sus respectivos contratos, no han sido considerados como obreros de la Nación sino como obreros del contratista," y que "en los contratos de destajo que celebró el Gobierno con personas o entidades particulares sobre construcción de trayectos o sectores para las líneas férreas nacionales, de conformidad con las Resoluciones del Ministerio de Obras Públicas, números 78 de 1925 y 87 de 1926, los obreros de los contratistas o destajeros no se consideraron como obreros de la Nación para los efectos del seguro colectivo, accidentes de trabajo, vacaciones remuneradas, etc., y en especial, para obligar a la Nación al pago de las reparaciones por daños o perjuicios ocasionados por dichos obreros"; y no obsta a esta conclusión—se repite—este certificado, porque él sólo implica un concepto del señor Ministro, que en manera alguna obliga al juzgador, llamado a determinar el derecho en los casos controvertidos como éste, y porque, de otro lado, no aparece justo ni equitativo que quien se aprovecha de las actividades de otro, ampliando la suya, y bajo su dependencia, dirección y organización, y como sujeto de intereses económicos propios, exclusivos suyos, quede exento de las consecuencias de aquellas actividades, ni mucho menos que el damnificado con éstas pueda quedar a merced del sujeto insolvente que obró en nombre del propietario, capaz, económicamente hablando.

Tampoco influye para desvirtuar la conclusión expresada, la forma de pago de los salarios correspondientes a los jornales de los obreros y del destajero, porque, como la misma parte demandada lo reconoce, esos pagos se hacían "por cuenta de la suma fijada en la planilla para el valor total del contrato"; suma que no era sólo determinada por el destajero, sino que estaba sujeta a la aceptación de los directores técnicos de la obra; de manera que en el contrato, al hacer la estipulación sobre el valor del mismo, incluyendo los jornales del destajero y de los obreros, de los materiales que pudieran invertirse en la obra parcial contratada y los posibles eventos de derrumbes, para agregar el valor de éstos al efectuar la liquidación final, sólo se contemplaba el interés del empresario en hacer la obra lo más económicamente posible; fomentando las actividades del contratista y sus obreros, interés que se traducía en provecho del empresario, y que lo vinculaba a la obra, por el destajero y los obreros realizada; vinculación ésta que es causa de su responsabilidad por los daños que en la realización de la obra pudieran sobrevenir por causa de negligencia de los encargados de ella.

Menos es pertinente el criterio de que en el presente juicio se trata de estipulaciones reguladas por el capítulo VIII, Título 26, del Código Civil, relativo a las convenciones realizadas para la construcción de una obra material, ni menos es aplicable la de la disposición del inciso 2º del artículo 2056 del mismo Código, porque en estas disposiciones se contemplan los casos de contratos bilaterales, regulados por la ley o por el querer de las partes, con algunas disposiciones sobre indemnización para el caso de que uno de los contratantes, en circunstancias especiales, falte a lo pactado. Al paso que la controversia que aquí se suscita, y que es materia del presente fallo, dice relación a indemnizaciones procedentes,

no de contratos, sino extracontractuales, es decir, a responsabilidades por hechos de terceros vinculados al amo o patrón; hechos que dañan el patrimonio de otras personas que en forma alguna estuvieron unidas por el vínculo contractual.

De consiguiente, no son aplicables al caso las citas hechas con referencia al expositor francés Planiol, y relativas al contrato de empresa, diferente del de arrendamiento.

Tercera. La parte demandada asegura "que aun en la hipótesis que el hecho hubiera sido causado por una persona que se encontraba bajo el cuidado de la Nación, hay que admitir que ésta ha probado que usó de autoridad y cuidado que su calidad le confería y prescribía para impedirlo, y por consiguiente, que no es responsable de sus consecuencias, al tenor de lo prescrito en el aparte último del artículo 2347 del Código Civil y del artículo 2349 de la misma obra."

Y agrega que el siniestro se "produjo aun sin culpa de Gumersindo Rodríguez, quien fue el que encendió el taladro," ya que el acto de prenderle fuego a un taladro para perforar una roca era necesario, "porque se trataba de ejecutar una obra de utilidad pública, así declarada por la ley, y porque el medio adecuado, según los sistemas modernos para perforaciones y trabajos en rocas al descubierto, como las que se llevaban a cabo en la roca del **Huso**, según declaraciones de personas competentes que constan en el expediente, es el uso de la fuerza desarrollada por la explosión de los gases. Tampoco hubo culpa por parte de Gumersindo Rodríguez—dice—en el modo de llevar a cabo dicho acto necesario, porque se tomaron las precauciones indispensables para impedir accidentes: se llevó a cabo a la hora señalada para el efecto, y conocida de todos, según las órdenes dadas y la costumbre establecida; se empleó sólo un taladro de pequeño alcance, y sobre todo se dio previamente la voz de fuego."

Concreto el caso, como lo es, en la disposición del artículo 2349 del Código Civil, según el cual los amos no responden del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos, "si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes"; y admitido que la Nación empleó toda su autoridad y cuidado para impedir el siniestro, y que éste se produjo sin culpa de Gumersindo Rodríguez, según se acredita con los numerosos testimonios que al respecto figuran en los autos; aun admitido todo esto, es preciso reconocer, según lo estima la misma parte que alega, que por tratarse de un acto necesario, indispensable, como era el uso de explosivos que desarrollaran gases capaces de romper la roca, explosivos que, no obstante la precaución de ser pequeños, no era posible dominar en sus efectos, es preciso reconocer—se repite—que la naturaleza del medio empleado como necesariamente eficaz para el objeto a que se le destinaba y con cuyo uso se produjo el daño, hallándose fuera de todo control, dicho medio precisamente por el uso que de él se hizo en interés y beneficio de la Empresa, que quiso aumentar su capacidad constructora y favorecer la economía en su patrimonio, atrae también necesariamente sobre la misma la responsabilidad del daño causado, porque, en casos como éste, tratándose de un medio fuera de todo control, no puede reconocerse la existencia del cuidado ordinario y la autoridad competente de que pueda hacerse uso para impedir las consecuencias dañosas; pues si la labor de Rodríguez, según las disposiciones de los empresarios, era la de hacer explotar los taladros con el objeto de satisfacer sus obligaciones, mal podía cumplirlas sin hacer uso de los medios que con tal fin se le dieron, y si tales medios se le proporcionaron, siendo esencialmente peligrosos en su utilidad, quien de ellos dispuso es quien debe soportar las consecuencias de su hecho; y en este caso no puede admitirse la existencia de cuidado y autoridad para prevenir, desde luégo que por el uso de la dinamita era difícil toda prevención, ya que Rodríguez ejecutó precisamente de modo propio, la labor a él encomendada.

Cuarta. El señor Procurador General de la Nación atribuye al doctor Henao de Francisco el haberse expuesto al peligro de manera imprudente, y que las consecuencias que le sobrevinieron fueron obra de su propia culpa.

Además de lo ya expuesto, debe observarse que, si de un lado hay testigos que afirman el uso de las precauciones que se consideraron necesarias, para evitar los perjuicios, así a la propiedad como a las personas; precauciones consistentes en la fijación de la hora de las once a las doce para explotar los taladros, en el anuncio de dicha explosión mediante el grito de **fuego**, y el uso de explosivos en mínima cantidad; de otro lado existen también testimonios en que se afirma que, no obstante esa fijación de la hora, se explotaban taladros en otras horas, y que el aviso de **fuego** lo daban también en horas distintas, sin explotar ninguno, y sólo con el objeto de engañar a los vecinos, y para diversión de los peones ocupados en los trabajos de la vía.

Y hay una circunstancia que es necesario tener en cuenta: puede admitirse que en el día y a la hora del suceso, y tal como lo declaran varios testigos, al hacer explotar el taladro se dio la voz de **fuego**, la cual, según múltiples testimonios, no fue oída en el lugar en que el doctor Henao de Francisco se encontraba; de suerte que es muy factible que realmente no la oyera, más si se tiene en cuenta lo que al respecto expone el ingeniero doctor José Dustano Gómez en el informe que sobre el particular rindió al Superintendente de la Empresa:

"El doctor Henao y algunos de los empleados de la planta informan que no oyeron dar la voz de **fuego**, pero es posible que no la oyeran, debido a que el río Suárez llevaba gran volumen de aguas por estar en invierno riguroso en aquella época, y que por la fuerte pendiente y obstáculos rocallosos de su lecho corre con gran estrépito, y encontrándose el doctor y sus obreros inmediatos a la ribera del río, tal vez embargada su atención en las instrucciones que daba."

De suerte que aun existiendo la prueba de haberse dado la voz de **fuego** oportunamente, no apareciendo de otro lado la prueba de que los circunstantes la hubieran oído; existiendo la situación de hecho expuesta por este testigo, es natural concluír que la culpa atribuída al doctor Henao de Francisco carece de fundamento plausible.

Quinta. Acerca de las consecuencias sufridas por el actor Henao de Francisco, a petición del señor Procurador General de la Nación, los señores Médicos legistas, doctores Guillermo Uribe Cualla y R. Martínez B., conceptuaron:

"De acuerdo con lo solicitado, le practicamos el examen correspondiente al doctor Jesús María Henao de Francisco, y como resultado de él, damos contestación a los distintos puntos propuestos, así:

"Al punto **a**). Por el examen clínico practicado, se observan perturbaciones funcionales en su sistema nervioso, como son las siguientes: el reflejo rotuliano derecho está bastante exagerado; por el contrario, el reflejo rotular izquierdo está casi abolido. Existe ligero temblor en las manos, y muy marcado el signo de Romberg (al cerrar los ojos y juntar los pies, pierde por completo el equilibrio y tambalea).

"Del lado de la sensibilidad, se comprueba una hipoestesia (disminución de la sensibiliad, tanto al tacto como al calor y al frío, sobre todo en el segmento izquierdo del cuerpo). Según los informes que nos suministra el mismo examinado, le han dado varias veces vértigos, en que no pierde el conocimiento, pero sí pierde el equilibrio, y se cae del lado izquierdo del cuerpo. Del lado de la visión, aun cuando con los lentes que usa su visión central de cerca y lejos es más o menos normal, su campo visual se ha reducido a la mitad (existe una hemianopsia) en ambos ojos.

"Al examen de sus facultades intelectuales se aprecia un notable déficit en todas ellas, desde luégo que su memoria se ha disminuído bastante, se hace difícil su atención para las cuestiones de orden intelectual, hasta el punto que, tratándose de un distinguido ingeniero, al hacer dos sencillas operaciones de aritmética, una suma y una multiplicación, las verificó delante de nosotros con demasiada lentitud, y sufriendo dos errores muy apreciables en la multiplicación. Para evitar su pérdida del recuerdo de hechos aún recientes (amnesia anterógrada) o de fijación, tiene que llevar nota de todos sus asuntos en una libreta. Al tener una conversación prolongada, se anota fatiga mental y depresión psíquica muy apreciable.

"Al punto **b**). El doctor Henao de Francisco presenta al nivel de la región parieto-occipital media de la bóveda craneana, zona más o menos ovalada, de seis centímetros, en el sentido longitudinal, y cuatro centímetros en el diámetro transversal, en que no existe tejido óseo, se ve el cuero cabelludo deprimido, probablemente con adherencias profundas; los centros nerviosos están en esta región sin defensa ninguna, y se produce pulsación cerebral en ciertos momentos. Según los antecedentes conocidos, dicho señor recibió un violento traumatismo en esta región, que le produjo una gravísima fractura conminuta del cráneo en su bóveda, con propagación a la base; lesiones comprobadas clínicamente y por medio de radiografías.

"En nuestro concepto, las perturbaciones funcionales que hoy presenta en su sensibilidad, en su visión y en su psiquismo, el examinado, son una consecuencia necesaria y directa de la fractura recibida en el cráneo, puesto que la experiencia científica demuestra que cuando estas lesiones no producen la muerte directamente por la hemorragia intracraneana, la meningitis, el absceso cerebral o la meningo-encefalitis, en los individuos que sobreviven, es natural que queden graves secuelas, tanto en los órganos de la economía como en la vida intelectual. No existe otra causa a qué atribuir todas estas perturbaciones, puesto que no hay antecedentes patológicos, y, por el contrario, se destaca con claridad meridiana, al examen clínico, que su causa única y determinante fue la fractura recibida en el cráneo el día veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho.

"Al punto **c**). En nuestro concepto fracturas como las que recibió el doctor Henao de Francisco, producen por lo menos una incapacidad absoluta para cualquier clase de trabajo, no menor de sesenta (60) días, suponiendo un tratamiento científico adecuado, y no presentándose complicaciones.

"Respecto a sus consecuencias definitivas, es nuestra opinión que el doctor Henao de Francisco ha quedado con perturbaciones funcionales de carácter grave, permanentes e irreparables. Y queda con una incapacidad total y absoluta de por vida para entregarse a sus ocupaciones habituales de profesional ingeniero."

También a petición de la misma parte, los peritos doctores Jorge Uribe Olarte y Teodomiro Villa Hausler, rindieron el siguiente dictamen:

Practicámos un detenido y cuidadoso examen clínico al doctor Jesús M. Henao de Francisco, para buscar las alteraciones funcionales, oculares, sensitivas o intelectuales. El resultado de este examen lo relatamos en seguida, siguiendo el orden en que éste se hizo, y expresando lo que encontrámos en el curso de dicho examen, para que esa Superioridad pueda darse exacta y cabal cuenta de todas y cada una de las alteraciones que hallámos:

"El examen fue hecho en el siguiente orden:

"1º Facultades intelectuales.

"2º Motilidad.

"3º Sensibilidad.

"4º Nutrición.

"1.º Facultades intelectuales.

"No encontrámos obnubilación de las facultades intelectuales, torpeza ni hebetud. Sostuvimos una larga conversación con el doctor Henao sobre hechos actuales y pasados; nos contestó clara y precisamente todo el interrogatorio formulado en el curso del examen; no tuvo que rectificar ninguna de las respuestas que nos dio. Anotámos, sí, que existe algo de lentitud para contestar el interrogatorio, a pesar de que fija bien la atención.

"Dice el doctor Henao que se fatiga rápidamente con cualquier trabajo intelectual por pequeño que sea; no observámos esta fatiga en el curso del examen, a pesar de que éste duró tres horas.

"No existen perversión de los sentidos ni alucinaciones.

"Vértigos e impulsiones, dice el doctor Henao que ha padecido después del accidente, y que padece actualmente. No pudimos comprobar este hecho; no vimos que en el curso del examen sufriera ningún vértigo, pero sí es muy probable que los haya padecido después del traumatismo.

"No existe en el examinado forma alguna de delirio de ninguna clase (agudo, crónico, continuo ni intermitente).

"**Memoria**—Nos pareció perfectamente normal, aunque el doctor Henao dice que le ha disminuído notablemente. Recuerda hechos antiguos y recientes, y nos dio fechas y datos relacionados con el accidente. Hay una laguna en los recuerdos de todos los hechos que siguieron al

accidente y hasta unos sesenta días después de él; cosa por lo demás perfectamente natural, puesto que a causa de la fractura del cráneo y de la consiguiente conmoción cerebral, el doctor Henao estuvo en estado de inconsciencia por algún tiempo después del accidente. Sus recuerdos principian más o menos sesenta días después de éste, hallándose en la población de Chiquinquirá, adonde fue conducido y operado. De ahí en adelante nos relató los sitios en donde estuvo y las diferentes ocupaciones o empleos en que trabajó después del hecho que le causó el traumatismo, y el curso de sus negocios desde esa época hasta hoy.

"**Lectura y escritura**—Son perfectamente normales. Pedimos al doctor Henao que hiciera una suma y una multiplicación: en ambas operaciones cometió un error; inmediatamente, y sin decirle que había incurrido en él, le pedimos que hiciera nuevamente las dos operaciones, y al repetirlas notó y corrigió los dos errores, sin haberle formulado ninguna observación de nuestra parte.

"**Lenguaje**—Encontrámos una vocalización perfecta; no hay nada en ella que indique lesión del aparato exterior de la palabra (lengua, labios, dientes, velo del paladar, etc.), ni que indique lesiones bulbares o nucleares.

"No existen alteraciones en la manera de utilizar las palabras (habladas o escritas) como signos de ideas. No repite las palabras ni las sílabas ni vacila siquiera en la elección de las palabras, la cual es del todo apropiada a los objetos o ideas que expresa, ni emplea unas palabras por otras.

"En seguida investigamos si existen alteraciones de la facultad del lenguaje, al mismo tiempo que alteraciones de las memorias parciales, que concurren a la adquisición de la palabra y a la función del lenguaje. Este estudio clínico, dice Spillmann y Haushalter, no puede hacerse sino en individuos cuya **inteligencia parece intacta**, de una manera general; el resultado de este estudio es el siguiente:

"No hay sordera verbal: el examinado comprende perfectamente las palabras habladas.

"No hay sordera psíquica: el examinado comprende la significación de los sonidos.

"No hay ceguera verbal: el examinado comprende las palabras escritas.

"No hay ceguera psíquica: el examinado comprende el significado de las imágenes y de los objetos.

"No hay afasia motriz: el examinado ha conservado la memoria de los movimientos coordinados necesarios a la articulación de las palabras.

"Na hay agrafia: el examinado conserva intacta la memoria de los movimientos necesarios para hacer los signos de la escritura.

"**Lectura y escritura**—El doctor Henao de Francisco lee correctamente en alta voz, escribe bien al dictar y copia la escritura y las imágenes de los objetos.

"2.° Motilidad.

"Durante el examen no observámos sacudidas ni temblores, ni convulsiones; no hay contracturas. Observámos una pequeña flacidez en la mano izquierda, con pérdida de fuerza. No existen parálisis. Los movimientos voluntarios son perfectamente normales.

"Durante la ejecución de los movimientos no hay temblores, ni palpitaciones fibrilares, ni sacudidas musculares, ni movimientos convulsivos. No hay movimientos coreiformes ni atáxicos. Examinámos cuidadosamente la permanencia en pie con los ojos cerrados, para investigar el signo de Romberg. Sin afirmar categóricamente que exista, tampoco podemos negar que el examinado tiene que apartar un poco sus piernas para aumentar la base de sustentación, y tiene pequeñas oscilaciones. Podríamos decir que es un signo de Romberg muy atenuado.

"Examinámos todos los reflejos superficiales y profundos, con el siguiente resultado:

"Todos los reflejos, tanto superficiales como profundos, son perfectamente normales en el lado derecho. En el lado izquierdo encontrámos casi abolido el reflejo rotuliano y perfectamente abolido el cremasteriano.

"3.° Sensibilidad.

"**Sensibilidad general**—No hay dolores sordos, lancinantes ni fulgurantes, ni hormigueos ni sensación de constricción. No hay hiperestesia.

"**Sensibilidad táctil**—Perfectamente normal.

"**Sensibilidad a la presión**—Normal.

"**Sensibilidad a la temperatura**—Normal en el lado derecho y disminución en el lado izquierdo.

Sensibilidad al dolor—Normal en el lado derecho, pero en el izquierdo encontrámos una anestesia más marcada en el brazo que en la pierna, pero sin sistematización ninguna.

"**Sensibilidad profunda o muscular**—Normal.

"**Organos de los sentidos**—Vista. No podemos conceptuar nada sobre la hemianopsia o pérdida de la mitad de los campos visuales, que dice el doctor Henao padece, y que, efectivamente, le fue encontrada por el especialista, doctor Celso Jiménez López, pues para este examen es necesario un especialista en órganos de los sentidos, y aparatos especiales. Sí es perfectamente posible que se haya producido por lesión de los centros sensoriales a causa de la fractura del cráneo, que sufrió.

"En los ojos no encontrámos desigualdad pupilar.

"Oído y olfato: normales.

"4.° Nutrición.

"No existen alteraciones de la nutrición de la piel ni del tejido celular subcutáneo, ni de los huesos ni articulaciones. No hay atrofias musculares.

"**Alteraciones secretorias**—No existen.

"El examen de la región del cráneo afectada por el traumatismo que ocasionó la fractura, muestra una pérdida de hueso, que tiene una longitud de cuatro y medio centímetros en el diámetro longitudinal y de tres centímetros en el transverso, y se observa que el cuero cabelludo está adherido a las partes profundas. Esta pérdida de hueso se encuentra situada en la región del occipucio y al nivel de la comisura longitudinal superior.

"Para relacionar el estado actual del doctor Henao de Francisco con el traumatismo que le ocasionó la fractura del cráneo, debemos hacer la siguiente aclaración:

"Las complicaciones de las fracturas del cráneo son de tres órdenes:

"Primarias o mecánicas.

"Secundarias o infecciosas; y

"Terciarias o cicatriciales.

"Las complicaciones primitivas o mecánicas son las que siguen inmediatamente al accidente; las principales de éstas son las lesiones cerebrales y los derrames sanguíneos. No es el caso de hablar de dichas complicaciones primitivas, puesto que en la historia clínica del traumatismo sufrido por el doctor Henao de Francisco, están relatadas. Estas complicaciones pasaron, más o menos, en el curso de sesenta días después del accidente. La complicación principal fue la conmoción cerebral.

"Las complicaciones secundarias no se presentaron en el caso actual. Las principales son la meningitis traumática, los abscesos intracraneanos y la hernia del cerebro.

"Las complicaciones terciarias o cicatriciales son las que se producen largo tiempo después del accidente, y de éstas complicaciones resultan las incapacidades definitivas para trabajar, sean permanentes totales o permanentes parciales.

"Del examen clínico que hicimos, y que ya transcribimos, encontrámos como lesiones terciarias que lo incapaciten para trabajar, y que sean consecuencia del accidente: en el cuero cabelludo, la cicatriz descrita; en el cráneo, la pérdida ósea, de cuyo sitio y dimensiones ya hablámos. Del lado de las meningeas no encontrámos ningún síntoma ni signo que indique que éstas están afectadas.

"En relación con las lesiones cerebrales ocasionadas por cicatrices, o sea por complicaciones terciarias del traumatismo, observámos:

"Como lesión de los lóbulos frontales no encontrámos nada claro. En la relación que hicimos del examen dijimos que habíamos notado lentitud para contestar el interrogatorio a que fue sometido.

"Como lesiones de los centros sensoriales no encontrámos absolutamente nada. Como la hemianopsia que dice el doctor Henao que sufre actualmente puede ser ocasionada por lesión de los centros sensoriales, hacemos la salvedad de que no la pudimos investigar, puesto que es asunto de especialista en órganos de los sentidos, y exige aparatos especiales.

"Como lesiones de la zona rolándica no encontrámos alteraciones motoras fuera de una pequeña pérdida de fuerza en la mano izquierda. No hay absolutamente ninguna parálisis.

"Hacemos constar que la falta de protección de la masa encefálica, en una extensión por pequeña que sea, y mucho más en el caso del doctor Henao de Francisco, por su profesión de ingeniero, es un peligro, porque un golpe que en condiciones normales no tendría consecuencias, podría ocasionarle lesiones gravísimas y aun la muerte.

"Dado el tiempo que ha pasado desde el accidente, creemos que se ha llegado al máximum de mejoría; las pequeñas alteraciones que actualmente existen son permanentes, pero conceptuamos que ya no se agravarán ni vendrán nuevas complicaciones.

"Por todo lo expuesto anteriormente, conceptuamos que el traumatismo ocasionado por el accidente que sufrió el doctor Jesús M. Henao de Francisco, ha disminuído en un 15 por 100 su capacidad para ejercer su profesión de ingeniero.

"Segunda. Las alteraciones enumeradas, que han producido la disminución de las capacidades para trabajar, de que hemos hablado, son consecuencia del traumatismo que sufrió el doctor Henao de Francisco, y que le produjo la fractura del cráneo el día veinte de noviembre del año de mil novecientos veintiocho. No existe en el caso presente ninguna otra causa, fuera del traumatismo, que haya podido producir las alteraciones anotadas.

"Tercera. La incapacidad completa para trabajar que sufrió el doctor Henao de Francisco, por la herida que recibió en la cabeza y por el tratamiento a que tuvo que someterse, la fijamos de noventa días."

Dados los términos en que están concebidos estos dictámenes, así por sus fundamentos como por las distintas conclusiones a que llegan, esta Sala de la Corte acoge —aunque no en toda su comprensión y por lo que luégo se dirá—el dictamen rendido por los dos últimos peritos citados, y con fundamento en él hará la respectiva calificación de los perjuicios de que se trata.

Con efecto: apreciada la importancia que para un profesional en ingeniería tiene la realización de la visión perfecta, y admitida como existente la hemianopsia o pérdida de la mitad de los campos visuales que el doctor Henao de Francisco padece, como producida por lesión de los centros sensoriales a causa de la fractura sufrida en el cráneo; agregada a esta anormalidad la lentitud para contestar algunas preguntas, y no obstante la buena atención que los peritos reconocen en él; lentitud que revela un mayor esfuerzo para comprender, demostrativo a la vez de debilitamiento intelectual; admitida también la existencia de los vértigos e impulsiones que ha padecido el doctor Henao de Francisco después del accidente, vértigos posibles, según opinión de estos peritos; todo esto agregado a la presencia del signo de Romberg, que los peritos no niegan, puesto que "el examinado tiene que apartar un poco sus piernas para aumentar la base de sustentación, y tiene pequeñas oscilaciones"; la pérdida de los reflejos rotuliano y cremasteriano en el lado izquierdo; dados estos antecedentes, referidos a la profesión que el doctor Henao de Francisco ha demostrado ejercer, profesión que tiene su mayor campo de acción práctica en despoblado, que requiere la mejor visión y mayor fortaleza y motilidad; antecedentes que limitan considerablemente estas condiciones hasta obligar al paciente a limitar también las actividades de su profesión; dado todo esto, concluye la Corte, separándose de la determinación final de los peritos, quienes aseveran que su capacidad ha disminuído en un 15 por 100, que esta apreciación no corresponde en estricta equidad al actual estado del doctor Henao de Francisco, porque semejantes anormalidades acusan mayor disminución en las capacidades de eficiencia en el trabajo en un ingeniero, en quien todo hace presumir que ha perdido por lo menos la mitad de su actividad profesional, según puede deducirse de los mismos dictámenes periciales, que demuestran que no rinde ya un trabajo igual al que rendiría él mismo en estado normal; teniendo en cuenta, además, la apreciación de la incapacidad hecha por los peritos doctores Guillermo Uribe Cualla y R. Martínez B.; pues si bien la Corte no admite la tesis

de la incapacidad absoluta, por lo que se verá luégo, si estima que los referidos dictámenes contribuyen a demostrar que el menoscabo sufrido por el doctor Henao de Francisco fue superior al mencionado.

Para establecer la referencia entre las consecuencias de la lesión y la apreciación de los perjuicios, los señores peritos doctores José Antonio Montalvo y Manuel J. Hernández, después de hacer comparaciones respecto de los sistemas que pudieran adpotar, concluyen:

"Pero nos parece más científico y más equitativo el otro sistema de avalúo, como en seguida se verá:

"La suma que se pague por valor de los perjuicios al doctor Henao debe dar un rendimiento. La inversión de dicha suma, para buscar tal rendimiento, tendría que ser alguna de las siguientes: o en un trabajo agrícola o en un trabajo industrial que, dadas las circunstancias de incapacidad en que ha quedado el doctor Henao para esa clase de labores, no podría él emprender; o en un negocio de especulación bursátil, como compra y venta de papeles de crédito que, dadas las condiciones del tiempo y lugar en que vivimos, es preciso desechar en absoluto; o dando en préstamo a interés dicha suma a particulares, cosa que también debe descartarse, pues no es posible hoy día pensar en esa clase de negocios, por causa de la inseguridad en que se harían; o, finalmente, poniéndola en un banco, como depósito a largo plazo, con el objeto de aprovechar el mayor tipo de interés que pagan los bancos.

"Cuando dimos nuestro dictamen de primera instancia eran bien diversas las circunstancias económicas y comerciales del país de las que hoy atravesamos. Por eso supusimos que la suma que recibiera el doctor Henao como indemnización de perjuicios podría considerarse colocada a interés, al interés corriente, esto es, al que pagan los particulares, regulado por el que los bancos cobran. Pero dado el régimen legal y de hecho hoy imperante en materia de deudas, no es admisible la hipótesis de que se colocara a interés en manos de particulares el dinero recibido por la indemnización. De ahí que al rendir nuestro dictamen de primera instancia lo iniciáramos sobre la base del interés corriente (9¼ por 100), esto es, el que los particulares y los bancos cobran; pero creemos que hoy debe hacerse el cálculo sobre el interés bancario, esto es, el que los bancos pagan a sus acreedores. Ahora bien: de acuerdo con los certificados que tenemos a la vista y que presentamos con este dictamen, referentes al tipo de interés que han pagado los bancos sobre depósitos a largo plazo, en los años comprendidos entre mil novecientos veintiocho y mil novecientos treinta y dos, resulta que ese interés ha sido, en promedio, del seis y medio por ciento (6½ por 100) anual. Si el rendimiento anual del doctor Henao era de $ 4,217-04, y se calcula que esta cantidad es el interés al 6½ por 100 anual de un capital puesto en el banco a largo plazo, resulta que dicho capital asciende a sesenta y cuatro mil ochocientos setenta y siete pesos con cincuenta y tres centavos ($ 64,877-53) moneda corriente."

La Corte adopta el criterio expuesto, pero, para ponerlo en práctica en este caso, tiene en cuenta que la incapacidad apreciada por ella misma, de acuerdo con el dictamen pericial transcrito, no ha sido absoluta, hecho éste que se comprueba en el proceso con la constancia de los trabajos realizados por el doctor Henao de Francisco con posterioridad al suceso como empleado en las Compañías Unidas de Energía Eléctrica, donde devengó un sueldo de ciento cincuenta pesos mensuales, y en el Banco Hipotecario de Bogotá donde devengó uno de cien pesos, y también con el carácter de Ingeniero Ayudante en la Comisión del trazado de la carretera de Oriente.

Para la Corte, la suma que debe tenerse en cuenta para calcular el rendimiento producido por las actividades del doctor Henao de Francisco, no puede ser el sueldo fijo que devengara el día del suceso, sumado con la eventualidad a que tenía derecho, porque las circunstancias económicas que los mismos peritos aprecian como variadas de entonces a hoy, colocan ese rendimiento en una menor cantidad; y como los negocios han tomado un carácter aleatorio, muy marcado en estos últimos años, con fundamento en que el precio de nuestra moneda es perfectamente inseguro y arbitrario, tampoco puede tener como base para calcular ese rendimiento el interés que los bancos paguen por los depósitos a largo plazo; de suerte que, colocándose la Corte en un punto de vista de verdadera equidad, considera que el rendimiento que de sus actividades hoy pudiera tener el doctor Henao de Francisco, debe tener por base el promedio de lo que devengó en los puestos desempeñados después del suceso, o sea la suma de ciento veinticinco pesos, que representa la disminución del cincuenta por ciento que tuvo con motivo del menoscabo material y físico que recibió a causa del suceso; suma esta que, invertida en propiedades urbanas de fácil administración, habrá de proporcionarle un rendimiento mínimo del seis por ciento anual, que es la renta más fija en la ciudad de Bogotá, lugar de su residencia; suma que a esta rata se eleva a la cantidad de veinticinco mil pesos, y que aumentada al doble por la capacidad que le resta, le daría, ejercida esa capacidad, un sueldo de doscientos cincuenta pesos, que dadas las circunstancias actuales del país, y de la profesión de ingeniero, sería el que le correspondería hoy en relación con el que devengaba entonces.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

resuelve:

Primero. Confírmase la declaración primera de la sentencia de fecha once de mayo de mil novecientos treinta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Segundo. En fuerza de la responsabilidad reconocida a cargo de la Nación colombiana, condénasele a pagar al doctor Jesús María Henao de Francisco, y como indemnización de los perjuicios por él sufridos, la cantidad de veinticinco mil pesos ($ 25,000) moneda legal, quedando en estos términos reformada la segunda declaración de la sentencia que aquí se revisa.

Tercero. Confírmanse las declaraciones tercera y cuarta de dicha sentencia.

Sin costas, por no haber lugar a decretarlas.

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

JENARO CRUZ V.—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XL | Bogotá, julio 24 de 1934. | Número 1889

Director, FERNANDO GARAVITO A.
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena (1)—Bogotá, dos de agosto de mil novecientos treinta y tres.

Haciendo uso de la facultad que a todo ciudadano confiere el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, el señor Miguel Díaz Jiménez, mayor de edad y vecino de esta ciudad, demanda ante la Corte como inexequibles por inconstitucionales, algunas disposiciones de la Ley 31 de 1931 y otras del Decreto número 518 bis del mismo año, dictado por el Gobierno en ejercicio y desarrollo de dicha Ley, así como también varios artículos de la Ley 42 de 1923, orgánica de la Contraloría General de la República, en un extenso libelo, que abarca ambas demandas.

Dada al asunto la tramitación que a los de su índole corresponde, cumple a la Corte en Sala Plena entrar a resolverlo, y para ello destaca del extenso escrito de demanda los puntos principales, comenzando por el estudio de la Ley 42 en relación con las disposiciones constitucionales que se dicen violadas con ella.

Ley 42 de 1923.

En capítulo aparte y con prolija disertación pide el demandante la declaración de inexequibilidad en la parte principal de la Ley 42 de 1923, orgánica de la Contraloría General de la República, y dedica una sección de su libelo a sostener que ese asunto no está fallado por la Corte.

Después de estudiar ampliamente una demanda sobre el mismo asunto, dijo esta Superioridad en sentencia del nueve de agosto de mil novecientos veinticuatro:

"En concordancia con todo lo que se ha expuesto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de declarar inexequible la Ley 42 de 1923, que ha sido acusada."

Afirma el actual demandante que en esta forma quedó la cuestión sin resolver, puesto que la Corte simplemente **se abstuvo** de declarar la inexequibilidad pedida; y así, considera que subsiste la acción popular del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, para demandar por inconstitucional dicha Ley.

Basta para desvirtuar esta afirmación la lectura de todo el texto de la sentencia, en la cual se hizo ver con claridad meridiana el concepto de la Corte sobre la constitucionalidad, y por consiguiente la inexequibilidad de los textos acusados, parte motiva ésta que no podía conducir a otra conclusión sino a la contraria a las pretensiones de la demanda, y así debe entenderse y se entiende sin mayor esfuerzo la parte resolutiva de ese fallo.

Si, pues, la Corte en él halló ajustadas a la Carta Fundamental las disposiciones de la ley acusadas de inconstitucionalidad, al abstenerse de declararlas inexequibles implícitamente las declaró exequibles, esto es, ajustadas a los preceptos constitucionales. Al decir la Corte, como dijo en la resolutiva, que se abstenía de declarar inexequible la parte acusada de dicha Ley, negó la petición del demandante, que es lo que se hace en toda sentencia cuando las premisas conducen a esa negativa; y de aquella suerte falló definitivamente el asunto, en cuanto fue materia de la demanda.

De manera que sí hubo fallo de fondo, con carácter definitivo, respecto de los cargos que entonces fueron estudiados. En consecuencia, sólo se entra ahora a considerar las nuevas acusaciones que vengan con fundamento en distinto texto constitucional, o que se refieran a artículos de la Ley 42 de 1923 que no fueron materia de la demanda en ese primer proceso.

En el actual libelo se acusan de inconstitucionalidad dos grupos de disposiciones correspondientes a la Ley 42 en referencia, a saber:

1º Los artículos 1º, 10, 27 a 31 y 75.

2º Los artículos 16, 49, 52 y 73.

El primer grupo comprende disposiciones que ya habían sido acusadas en la demanda del doctor Alberto Camacho Angarita, que fue fallada en sentencia de fecha nueve de agosto de mil novecientos veinticuatro.

El segundo grupo contiene cuatro artículos que no se incluyeron en aquella demanda, al menos de manera explícita.

Respecto a los comprendidos en el primer grupo, ya queda dicho que sí fueron fallados por la Corte y que, en consecuencia, no podrán considerarse ahora sino en cuanto la nueva acusación de ellos se refiera a violación de preceptos constitucionales distintos de aquellos que fueron contemplados en el primer proceso; mas no en cuanto el actual demandante los quiera presentar por aspectos que él estime distintos dentro de los mismos textos constitucionales que ya se habían invocado.

Y en cuanto a los del segundo grupo, no obstante haber acusado el doctor Camacho Angarita en su libelo adicional toda la Ley 42 de 1923 en bloque, bien puede hoy la Corte admitir un nuevo debate sobre algunos de ellos, en atención a que esos artículos no fueron explícitamente señalados entonces en la demanda principal ni en la adicional, y a que, por lo mismo, no fueron analizados en el fallo primitivo.

(1) En este fallo actuaron como redactores los Magistrados doctores Juan C. Trujillo Arroyo, Tancredo Nannetti, Parmenio Cárdenas y Enrique A. Becerra.

Primer grupo.

Comprende, como queda dicho, los artículos 1°, 10, 27 a 31 y 75 de la Ley 42 de 1923.

El artículo 1° dice así:

"Créase como servicio nacional administrativo el Departamento de Contraloría, el cual será independiente de los demás departamentos administrativos. El Gobierno dictará en cada caso los decretos reglamentarios pertinentes."

Este artículo fue acusado de inexequible en la primera demanda, como violatorio del artículo 59 de la Constitución, y también como contrario a los artículos 120, ordinal 6°, de la misma, y 30 del Acto legislativo número 3 de 1910, que versan todos ellos sobre atribuciones propias del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y sobre la cooperación de los Ministros como jefes de los diversos ramos de la administración pública.

Respecto de estos cánones constitucionales en relación con el artículo 1° de la Ley 42, dijo la citada sentencia de nueve de agosto de mil novecientos veinticuatro:

"Según el demandante, los artículos transcritos (entre éstos el 1°), 'son inconstitucionales, porque con ellos ha creado la Ley 42 un departamento administrativo independiente de los demás departamentos administrativos, siendo así que tiene que pertenecer al Poder Ejecutivo, de que trata el artículo 59 de la Constitución, es decir, al Poder del cual es Jefe el Presidente de la República, puesto que—dice la demanda—'no cabría en cabeza humana que él hiciera parte de alguno de los Poderes Legislativo o Judicial.' Esa independencia del Departamento de Contraloría es contraria a la Constitución, conforme a la cual los departamentos administrativos deben estar regidos por los Ministros del Despacho ejecutivo y no por Contralores, sin que tal diferencia sea cuestión de nombres simplemente. De modo que por encima del Contralor debe estar algún Ministro, y conforme a la Ley 42 no está ninguno.

"Los expresados artículos 1° a 5° pugnan, según la demanda: contra el 59 de la Constitución Nacional, porque siendo el Presidente de la República el Jefe del Poder Ejecutivo, y debiendo ejercer éste con la cooperación del respectivo Ministro, no interviene en los asuntos confiados al Departamento de Contraloría, porque el Contralor en nada depende de los Ministros ni del Presidente; contra el 120, ordinal 6°, porque el Contralor no es nombrado libremente por el Presidente de la República, puesto que la Ley 42 exige que apruebe el nombramiento la Cámara de Representantes; contra el artículo 30 del Acto legislativo número 3 de 1910, porque los actos del Contralor, que son de administración, debían emanar del Presidente, asistido del Ministro respectivo, y no emanan sino del Contralor, el cual es independiente de ellos.

"La acusación capital del demandante a la Ley 42, por la cual ha tratado de herirla de modo formal, puede decirse que es la que hace al artículo 1°, conforme al cual se crea el Departamento de Contraloría como independiente de los demás departamentos administrativos, y al artículo 2° en cuanto dispone que el Contralor General de la República, a cargo del cual está el Departamento de Contraloría, debe ser nombrado por el Presidente de la República con aprobación de la Cámara de Representantes.

"Al Presidente de la República le está confiada de modo especial la administración de los asuntos de la Nación, como suprema autoridad administrativa; y para cumplir esa misión, que es muy compleja, dispone de las facultades detalladas por el artículo 120 de la Constitución y del concurso inmediato de los Ministros del Despacho como jefes superiores de la administración, y del de los demás empleados, mediatos o inmediatos subalternos de él que el constituyente y el legislador hayan juzgado y juzguen necesario crear.

"Pero el Departamento de Contraloría no tiene funciones relativas a la administración de la cosa pública, entendiendo por administración el gobierno de ésta, la cual, ejercida por el Presidente de la República, llega hasta la ejecución de actos de disposición. Considerado en conjunto el Departamento de Contraloría, no ha sido creado para otra cosa que para fiscalizar la administración confiada al Presidente de la República, de modo directo o indirecto.

"Esto explica el hecho de que el Departamento mencionado no haya sido puesto bajo la dirección del Presidente de la República, ni de ninguno de los Ministros del Despacho Ejecutivo, como no estuvo tampoco en sus últimos tiempos la Corte de Cuentas, hoy extinguida, cuyas funciones eran esencialmente fiscalizadoras, y pasaron a ser propias del Departamento de Contraloría por obra de la Ley 42 acusada, notablemente aumentadas por dicha Ley.

"Para que se vea que las funciones de fiscalización de la administración de la cosa pública no pueden ser encomendadas a empleados o corporaciones dependientes del Presidente de la República o de los Ministros del Despacho Ejecutivo, anota la Corte el hecho importante de que el demandante doctor Camacho Angarita, al mismo tiempo que solicita de la Corte que declare la inexequibilidad de la Ley 42, aboga por la supervivencia de la Corte de Cuentas como entidad independiente de los altos empleados a quienes se acaba de nombrar.

"Como el constituyente de 1886 denomina a los Ministerios del Despacho Ejecutivo con el nombre de Departamentos administrativos, habría sido de desearse que el legislador de 1923 hubiera reservado otra denominación a la institución de la Contraloría. Mas como los Ministerios expresados y la Contraloría tienen diferencias sustanciales, las que existen entre la obra de administrar y la de fiscalizar, no ha de ser la denominación común de Departamentos administrativos lo que afecte con la tacha de inexequibilidad la creación legal de la Contraloría. Esta no es un Ministerio, y por eso el legislador no consideró conveniente asignarle al jefe de ella el nombre de Ministro, sino el de Contralor.

"La tacha de la demanda relativa al hecho de que, según la Ley 42, artículo 2°, el Contralor General de la República y el Auditor General no son nombrados libremente por el Presidente de la República, puesto que los nombramientos que haga deben ser aprobados por la Cámara de Representantes, y de consiguiente que tal disposición es contraria a la Constitución, no tiene asidero en ninguna de las disposiciones de ésta.

"Según lo que se ha dicho, la institución de la Contraloría ha sido creada para la fiscalización de los actos de

administración de la cosa pública, y esto entraña una razón suficiente para que ni el Contralor ni el Auditor General, ni en general los empleados dependientes de la Contraloría, sean nombrados o removidos libremente por el Poder Ejecutivo Nacional. Este pensamiento lo ha desarrollado en toda su amplitud el legislador en la Ley 109 de 1923, al disponer que el Contralor General de la República y el Auditor General sean elegidos directamente por la Cámara de Representantes (véase el artículo 18 de dicha Ley). De modo que ha quitado la ingerencia del Poder Ejecutivo Nacional en el nombramiento de estos empleados.

"No debe entenderse la Constitución Nacional en el sentido de que quien ha de ser fiscalizado en sus actos nombre a su fiscal, porque esto va contra elementales principios de Derecho público.

"Y no es censurable esta disposición del legislador: con ella no ha arrebatado facultad alguna al Presidente de la República, o sea lo referente a la elección del Contralor y el Contralor de los empleados dependientes de él, porque conforme a la Constitución el Presidente sólo puede nombrar y remover libremente a muy contados empleados: a los Ministros Diplomáticos, a los Ministros del Despacho Ejecutivo, a los Gobernadores de los Departamentos, a los Jefes y Oficiales del Ejército, a sus agentes. Respecto de los demás empleados, aun encargados de funciones relativas a la administración de la cosa pública, cuya dirección suprema está a cargo del Presidente, tiene la facultad de nombrarlos y removerlos cuando el legislador se la da (artículo 120, ordinal 6º de la Constitución), bien de modo expreso, bien tácitamente, por no confiar la provisión a otros funcionarios o corporaciones.

"Es explicable que los agentes del Presidente de la República, verbigracia los Administradores de Hacienda Nacional, el Tesorero General de la República, encargado de recaudar rentas y de hacer erogaciones del Tesoro Nacional, sean de libre nombramiento y remoción del Presidente, porque a éste le está atribuido el cuidar de la exacta administración y recaudación de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión con arreglo a las leyes (artículo 120, ordinal 14 de la Constitución). Pero ni el Contralor ni el Auditor General, ni los subalternos de éstos están encargados de la administración de los asuntos de la Nación, sino de la fiscalización, como se ha dicho; de manera que no son propiamente agentes del Presidente de la República, y no hay razón para que dependan de él en lo que toca al nombramiento y a la remoción, habiendo dispuesto otra cosa el legislador."

Otros textos constitucionales cita el actual demandante para impugnar el mismo artículo 1º de la Ley 42 sobre Contraloría, y diserta largamente sobre este punto, tratando de presentarlo en forma o por aspecto distinto de como fue sometido a la Corte en la demanda anterior, y al efecto se invocan ahora como violados por dicho artículo 1º de la Ley 42, los artículos 57, 58 y 60 de la Carta Fundamental.

El actor resume así su tesis sobre el artículo 1º de la Ley acusada:

"Creo que es fácil deducir de todo lo anterior que la institución de la Contraloría se opone no solamente al artículo 59 de la Constitución, sino a los artículos 57, 58 y 60. Y como consecuencia, de modo formal pido se declare inexequible el artículo 1º de la Ley 42 de 1923, por contrario a las disposiciones citadas"; y en apoyo de su acusación aduce el actual demandante, tras una disertación bien extensa, algunos hechos reveladores en su sentir de otras tantas irregularidades que censura y atribuye a la implantación de la ley de Contraloría.

Tales son, verbigracia, en primer término, el haberse esquivado en alguna ocasión la Contraloría de facilitar a una Comisión de la Cámara de Representantes los datos o documentos indispensables para llenar su cometido; en segundo término, el haber puesto el veto a la repatriación de los restos de un colombiano ilustre, por ser, en concepto del Contralor, desmedido el gasto, haciendo prevalecer la opinión de éste, conflicto que no era razonable pretender se dirimiera por una de las partes; y en tercer lugar, el caso de una diferencia entre dos empleados judiciales, por razón de un sueldo de vacaciones, disputa que no se llevó ante los Tribunales del Poder Judicial sino ante la autoridad del Contralor; hechos con los cuales—dice el demandante—que se invaden por este funcionario las esferas de acción correspondientes a otras entidades oficiales, o sea a los Poderes Legislativo y Judicial.

Pero estas quejas por irregularidades ocasionales que anota el actor, nada tienen que ver con las atribuciones que los artículos 57, 58 y 60 de la Constitución señalan separadamente a los Poderes Legislativo y Judicial, como tampoco menoscaba la Ley 42 sobre Contraloría las funciones o deberes de la Cámara de Representantes en relación con la cuenta general del Tesoro (artículo 20, ordinal 1º del Acto legislativo número 3 de 1910), desde luégo que la ley que señala las atribuciones del Contralor no lo faculta para ejercer esas funciones propias de los diferentes poderes públicos; pues ni el artículo 1º ni ningún otro de la Ley 42 facultan al Contralor para examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del Tesoro, funciones éstas que siguen a cargo de la Cámara de Representantes; ni tampoco se han atribuído al Contralor en forma o manera alguna las funciones judiciales que a la Corte, Tribunales y Juzgados han asignado el constituyente y el legislador en relación con las infracciones que cometan los empleados en el desempeño de sus funciones.

El artículo 10 de la Ley 42 acusada, que forma parte del capítulo **Facultades y deberes del Contralor**, dice así:

"Llevará las cuentas generales de la Nación, incluyendo las relacionadas con la deuda pública."

La Corte estableció claramente en su sentencia de 1924 que ese artículo, al imponer al Contralor la obligación de llevar las cuentas, no lo desvinculó del Presidente de la República, y que, en las exposiciones y los informes de que hablan los demás artículos allí citados de la Ley 42, llena aquel alto funcionario sus atribuciones relativas a esas cuentas, sin menoscabo de las disposiciones constitucionales que se consideran violadas. La referida sentencia dice al respecto:

"El artículo 10 es acusado de inconstitucionalidad por estimar el demandante que no es el Contralor quien debe llevar las cuentas generales de la administración, sino el empleado o empleados que sean de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

"Esta acusación carece de fundamento, agrega la sentencia, porque lo que ha hecho la ley es imponerle al Contralor la obligación de llevar las cuentas generales de la Nación con la correspondiente vinculación al Pre-

sidente de la República. El Contralor prepara y somete al Presidente, al fin de cada mes, una exposición relativa a las operaciones fiscales del mes anterior, que debe contener todos los elementos de las cuentas de que tratan los artículos 61 a 68 de la Ley acusada; y luégo, conforme al artículo 69, rinde el Contralor un informe anual sobre la situación de las finanzas públicas nacionales durante el año fiscal anterior, con todos los datos de las cuentas generales."

El actor de hoy ofrece presentar la cuestión por un nuevo aspecto, para demostrar la inexequibilidad de dicho artículo 10, y al efecto lo ataca considerándolo violatorio del artículo 118, ordinal 4º, del Estatuto fundamental y del artículo 2º, ordinal 1º, del Acto legislativo número 3 de 1910, aspecto nuevo éste comoquiera que dichos preceptos constitucionales no se mencionan como violados en la demanda del doctor Camacho Angarita; pero después de todo, su exposición conduce a los mismos efectos de los estudiados en la sentencia.

Así, pues, el hecho de que se le haya dado al Contralor la función de "llevar las cuentas generales de la Nación," no implica que suprimida la función o atribución constitucional del Presidente de la República de "enviar a la Cámara de Representantes el Presupuesto de rentas y gastos y la cuenta general del Presupuesto y del Tesoro, que le señala el artículo 118, ordinal 4º de la Constitución, y la de la Cámara de examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del Tesoro, que le impone el ordinal 1º del artículo 20 del Acto legislativo número 3 de 1910. Ni del texto claro del artículo 10 ni de manera implícita aparece en él esa pretendida supresión de las funciones constitucionales del Presidente de la República y de la Cámara de Representantes para atribuírlas al Contralor. Llevar las cuentas nacionales no presupone el haber de presentarlas el Contralor a la Cámara que ha de fenecerlas.

El artículo 10 de la Ley 42, acusado, no le ha conferido al Contralor las facultades que al Presidente de la República y a la Cámara de Representantes les confieren los textos constitucionales citados. Basta poner en parangón estos artículos con el citado de la Ley 42 para concluír, por su simple lectura, que el de la Ley no merma atribuciones al Presidente ni a la Cámara, y que, por lo tanto, no viola los preceptos de la Constitución y Acto reformatorio invocados.

Queda, pues, establecido que no es inexequible por inconstitucional, como lo afirma el actor, dicho artículo 10 de la Ley 42, orgánica de la Contraloría.

Los artículos 27 a 31, que forman parte del Capítulo **investigaciones**, fueron también estudiados y hallados exequibles en la anterior sentencia, no obstante lo cual vuelve el actor sobre ellos para acusarlos como violatorios del artículo 120 de la Constitución, pero sin indicar cuál de los veintiún numerales de dicho artículo es el que considera violado.

Ya la Corte en aquel fallo, con especificación de lo que prescribe cada uno de esos artículos de la Ley 42, hizo ver su conformidad con el texto constitucional que se dice violado y aun con otros que a ellos pudieran referirse.

Así, pues, no hay para qué entrar en nuevo estudio sobre la materia, máxime cuando no se dice qué atribuciones se usurpan de las que el artículo 120 señala al Jefe del Estado, ni se encuentra en la nueva demanda un verdadero análisis del asunto a la luz de las disposiciones fundamentales, sino una larga crítica de la manera como en la práctica han tenido efecto esas ritualidades del capítulo acusado, crítica ésta que no es materia apta para una cuestión de inconstitucionalidad.

El artículo 75 de la Ley en cuestión dice así:

"Tan pronto como el Contralor General haya sido nombrado y éntre en ejercicio de su cargo, expedirá los reglamentos necesarios para la organización de su Departamento y para la liquidación, ejecución y verificación del Presupuesto."

La demanda anterior acusó esta disposición como contraria al ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución, que encarga al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, cuidar de la exacta recaudación, administración e inversión de las rentas públicas. Pero la Corte hizo ver que la disposición transcrita de la Ley 42 no arrebata al Jefe del Ejecutivo esas atribuciones, puesto que el Contralor no es ordenador sino fiscalizador, y que por lo tanto carece de fundamento la tacha de inconstitucional que se le hace a dicho artículo 75.

Por ese aspecto del artículo, el punto está fallado, aunque el actor insista en negarlo por la forma de **abstención** empleada al final de la sentencia. Por otro aspecto lo ataca en su escrito, diciendo que la función señalada al Contralor en ese artículo no es una función meramente reglamentaria, sino una función o atribución legislativa; que lo estatuído en dicho artículo 75 en relación con el Presupuesto Nacional, es un asunto que compete exclusivamente al legislador, y que al atribuírlo a entidad distinta, se violó—dice—el artículo 76 de la Constitución, pero sin indicar ninguno de sus veintidós numerales.

Con organizar su oficina, como se hace con todas las de nueva creación, con verificar las operaciones necesarias para "la liquidación, ejecución y verificación del Presupuesto"—que es lo que al Contralor atribuye el artículo citado—ningún quebranto se infiere a la disposición constitucional que otorga al Congreso aquellas amplias y necesarias funciones de organización del servicio público; y del mismo libelo se deduce su falta de consecuencia para sostener la tesis de inconstitucionalidad, pues se limita, como en los casos anteriores, a una crítica de las actuaciones verificadas por el aspecto de su inconveniencia, lo cual no es del resorte de la Corte Suprema.

Demostrado como está que quedaron examinados y resueltos todos los puntos tratados en esta demanda, resta analizar otros que, dice el actor, no lo fueron en la primera sentencia ni propuestos a la consideración de la Corte por el respectivo demandante.

Segundo grupo.

Comprende, como atrás quedó dicho, los artículos 16, 49, 52 y 73 de la Ley 42 de 1923.

Entre los deberes y facultades del Contralor General fija el artículo 16 de la Ley 42 el de "pasar a intervalos convenientes un aviso oficial por escrito a todo empleado o agente del Gobierno cuyas cuentas hayan sido revisadas total o parcialmente, en el que expondrá todo saldo a cargo del responsable y las diferencias que resulten de la revisión, por razón de tal cargo, o de partidas aplazadas o rechazadas por el mismo Contralor."

Trayendo a colación los antecedentes de esta Ley y relacionando el artículo citado con otros de la misma, de-

duce el demandante que al emplear la palabra **revisión**, el legislador de 1923 atribuyó al Contralor General el carácter de examinador, de verificador, de rectificador, de liquidador, lo que a su juicio va contra el principio de la cosa juzgada, que no permite generalmente la **revisión**, contra la garantía civil sobre formalidades en los juicios, y contra el respeto y la fuerza tutelar de los derechos adquiridos, esto es, contra los artículos 26 y 31 de la Constitución, que consagran esos principios.

El artículo, transcrito en parte, de la Ley 42, atribuye al Contralor, como se ve, una función que puede considerarse reglamentaria, la de los avisos "a intervalos convenientes," en que exponga los saldos a cargo del responsable, "cuyas cuentas hayan sido revisadas total o parcialmente." Ese aviso y la indicación del saldo o "de partidas aplazadas o rechazadas por el mismo Contralor," no causan el atropello a los derechos adquiridos que teme el demandante, ni por ende el quebranto de las disposiciones constitucionales citadas. Por rigorista que se juzgue la facultad del Contralor sobre el particular, en nada puede violar el principio consagrado en el artículo 26, de que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio," ni tampoco el del 31, de que los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

A la Contraloría General, entidad cuya creación hicieron necesaria los nuevos métodos de administración de la cosa pública, se concedió potestad fiscalizadora en orden al Erario Nacional, dentro de las normas constitucionales. Por ese artículo 16 se estableció solamente una tramitación, que no implica ataque alguno a la cosa juzgada. Conforme a él puede el Contralor **revisar** cuentas, pero sin que esta inflexión verbal tenga en ninguna manera el sentido técnico judicial especificativo, sino el de **examen** o estudio de las cuentas de los responsables del Erario. Además, los finiquitos no se expiden en firme al finalizar la primera instancia ante el Contralor, del juicio de cuentas, y de toda decisión del Contralor puede apelarse para ante el Consejo de Estado (artículo 7º, Ley 42 de 1923).

El artículo criticado agrega:

"Cualquier cargo o partida aplazada que no fueren satisfactoriamente explicados por el empleado responsable, dentro del plazo de noventa días, a contar de la fecha de la notificación personal o del depósito en el correo de dicho aviso, se considerará como una partida definitivamente desautorizada, a menos que el mismo Contralor prorrogue dicho plazo por escrito."

De ahí deduce el demandante que el Contralor es un Magistrado, un Juez, que sentencia verdad sabida y buena fe guardada, un funcionario dictatorial que califica discrecionalmente las partidas que debe rechazar. La expresión del motivo del aplazamiento o glosa, que el mismo artículo exige al Contralor, de nada vale, según el demandante, "en ausencia del cartabón general, de la tarifa a que debe someterse toda glosa."

En el artículo 16, tachado de inexequible, no se contiene nada que viole los tres elementos del 26 de la Constitución: leyes preexistentes, tribunal competente, y plenitud de formas propias del juicio de cuentas; luego no existe la inexequibilidad alegada.

Para un juicio administrativo de cuentas, las leyes preexistentes son los reglamentos de contabilidad y todo el cúmulo de disposiciones fiscales a que están sujetos los empleados de manejo; el funcionario competente es hoy el Contralor, por mérito de la ley que creó este cargo; y las formas o tramitación adecuada al proceso serán los reglamentos vigentes al tiempo del examen de las cuentas. Si en alguna de estas funciones quebranta la ley o traspasa el límite de sus atribuciones, expedito se halla el camino para acusar sus actos como ilegales; pero de inconstitucionalidad no puede tacharse la disposición que le otorga las autorizaciones referidas, ya que en nada se aparta del precepto que contiene el artículo 26 de la Constitución.

No siendo, pues, acertada la interpretación que el acusador le da al artículo 26, ni a la palabra **revisión** de que habla ese artículo, cuyo alcance se acaba de señalar, tampoco aparece la violación del artículo 31 de la Constitución que el acusador señala como infringido por el aspecto indicado.

Dos artículos de la Ley de Contraloría, el 49 y el 52, siguen en el extenso memorial de acusación. Dicen así:

"Artículo 49. Ninguna orden será pagada por el Tesoro Nacional, ni anotada como pagadera por un depositario de fondos del Gobierno, ni será válida mientras no esté refrendada por el Contralor General, o por algún empleado del Departamento de Contraloría, autorizado debidamente para dicho objeto."

"Artículo 52. Todos los pagos, anticipos o traspasos de fondos públicos que hagan los funcionarios o empleados del Gobierno y que deban efectuarse fuera de la ciudad de Bogotá, están sujetos a las disposiciones que dicte el Contralor General."

El demandante tacha de inexequible el **control previo** que estas dos disposiciones establecen, por cuanto limita, dice, "la actividad y las facultades conferidas por el constituyente al Presidente y sus Ministros"; y cita en primer término el artículo 120 de la Constitución, que considera violado con dichos artículos de la Ley 42.

Corresponde al Presidente de la República, según el inciso 14 del texto constitucional citado, decretar la inversión de las rentas y caudales públicos con arreglo a las leyes. Según el demandante, este precepto queda violado con los artículos arriba transcritos de la ley de Contraloría, por cuanto el control previo que con ellos considera establecido impide al Presidente la función de decretar la inversión de los caudales públicos, que debe tener como suprema autoridad administrativa.

Con este carácter el Jefe del Ejecutivo, como queda dicho, decreta la inversión de las rentas "con arreglo a las leyes"; viene una ley de reglamentación especial, como la acusada, que exige determinada formalidad para llenar aquella función administrativa, y a esa Ley tiene que amoldarse, porque la Constitución así lo dispone (artículo 120, ordinal 14 citado). No se le arrebata, pues, la atribución que ésta le confiere, sino que se señala nueva pauta legal para ejercerla convenientemente.

Según el acusador, con el control previo se ataca en cierto modo la estructura del Gobierno determinada en el artículo 59 de la Constitución, por cuanto se interpone entre el Presidente y el Ministro del respectivo ramo un tercer elemento que, al decir del actor, "viene a ser más Gobierno, toda vez que nada podrá hacerse en materia fiscal sin el beneplácito del Contralor." A esto observa la Corte:

Dados los términos bien significativos de los artículos 1º y 36 del Decreto número 911 del año de 1932, "por el cual se reforman las leyes orgánicas de la Contabilidad oficial de la Nación y del Departamento de Contraloría," las atribuciones de éste han quedado suficientemente deslindadas y reducidas a las de una Oficina de contabilidad y de control fiscal, que "no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización"; y las actuaciones del Contralor se destacan de manera nítida en el segundo de dichos artículos, que dice:

"Artículo 36. Las apropiaciones incluídas en la Ley de Presupuesto anual o en los créditos adicionales, serán erogadas únicamente mediante la aprobación escrita del respectivo Ministro o del funcionario autorizado por él, o por el Jefe del respectivo Departamento, siempre que los gastos estén conformes con las correspondientes apropiaciones, y su gasto autorizado por la ley, sin sobrepasar la suma total de la apropiación a que correspondan y puedan cargarse. El Contralor General, al examinar las cuentas o documentos justificativos presentados por la autoridad que los haya ordenado, se limitará a cerciorarse del cumplimiento de las formalidades requeridas por la ley que regula los gastos hechos con fondos del Tesoro Nacional. Al Contralor General no le corresponde dictaminar sobre la necesidad de los gastos, ni suscitar con respecto a ellos discusión alguna tocante a la facultad administrativa que para subvenir a ellos tenga la autoridad que los haya ordenado."

Del texto transcrito se deduce claramente la perfecta autonomía del Gobierno en su función constitucional, desde luégo que la intervención del Contralor se limita a cerciorarse del cumplimiento de las formalidades requeridas por la ley que regula los gastos hechos con fondos del Tesoro Nacional, sin permitírsele dictaminar sobre la necesidad de los gastos **ni suscitar con respecto a ellos discusión alguna** con la autoridad que los haya ordenado.

De manera que las atribuciones que consagran los artículos 49 y 52 de la Ley acusada, quedan subordinadas o circunscritas a los fines que determina el artículo 36 del Decreto número 911 de 1932, que tiene fuerza de ley posterior, aclaratoria y modificativa de las anteriores sobre este ramo.

Por consiguiente, no estando ya en vigor la disposición acusada, en la forma en que fue expedida por el legislador de 1923 y que pudiera prestarse a la interpretación que le dio el demandante, no hay materia sobre que pueda recaer un fallo de la Corte en el punto de inexequibilidad, según doctrinas constantes de esta corporación.

Por último, el artículo 73 de la Ley 42 incorpora con otras en el Departamento de Contraloría "la Oficina Nacional de Estadística," que funcionaba en el Ministerio del Tesoro, hoy extinguido o refundido en el de Hacienda y Crédito Público.

Larga disertación hace el demandante para demostrar las deficiencias de que adolece en Colombia el importante servicio de Estadística. Pero en el punto meramente constitucional, que es el único de incumbencia de la Corte, circunscribe su demanda a los mismos artículos 59 y 120, citados en el capítulo anterior con idéntico objeto, y al 135, todos de la Constitución Nacional.

Considera quebrantados dichos artículos fundamentales con la incorporación de la estadística en la Contraloría, en cuanto hace de aquel servicio una entidad independiente del Gobierno, y que así le merma atribuciones que, en su sentir, le son peculiares.

En ninguno de los artículos constitucionales citados por el actor se habla siquiera de la estadística nacional. Este ramo no es un organismo constitucional, sino un simple mecanismo administrativo, sujeto a la ley, y, por tanto, con la adscripción de la estadística al Departamento de Contraloría, ningún precepto fundamental se viola.

Del artículo 73 citado de la Ley 42 trató ya la sentencia de mil novecientos veinticuatro, pero sólo en cuanto a la Corte de Cuentas, que también quedaba incrustada en la Contraloría, nó en cuanto a la Estadística; y por este aspecto el demandante de hoy lo incorpora en su libelo. Mas, como acaba de verse, en el punto de la inexequibilidad carece de base la demanda para declararla demostrada.

No queda, pues, por examinar ninguno de los artículos de la Ley 42 de 1923 que puedan ser materia de nueva demanda y que lo son de la que se estudia. Se ha dicho ya que la Corte falló definitiva y claramente sobre los que fueron objeto de la demanda anterior; se han examinado por nuevos aspectos los comprendidos en la sentencia y acusados como violatorios de otros distintos artículos de la Constitución, y se han estudiado, finalmente, los artículos de la misma Ley 42 que el actor tacha de inconstitucionales en el nuevo libelo, encontrándose que ninguno de ellos adolece de la inconstitucionalidad que se le atribuye.

Cumple ahora a la Corte entrar en el análisis de la otra parte de la demanda, referente a la Ley 31 de 1931 y al Decreto reglamentario número 518 bis del mismo año.

Ley número 31 de 1931.

Contiene sólo tres artículos, y por ellos se faculta al Gobierno para organizar como dependiente de uno de los Ministerios la Sección de Provisiones, encargada de la adquisición de determinados elementos, y con prescindencia de ciertas formalidades legales; para determinar la forma en que debiera liquidarse el antiguo Departamento de Provisiones, y para hacer unos traslados en el Presupuesto vigente.

Se tachan de inconstitucionales los dos primeros, que dicen:

"Artículo 1º Autorízase al Gobierno para organizar como dependencia de uno de los Ministerios la Sección de Provisiones, encargada de la adquisición de los elementos necesarios para el funcionamiento de las demás dependencias del Gobierno Nacional, pudiendo prescindir de los requisitos exigidos por el Código Fiscal, y con la sola aprobación del Contralor General de la República.

"Artículo 2º Facúltase al Gobierno para que determine la forma en que deba liquidarse el Departamento de Provisiones y atender los compromisos que tenía pendientes. El Gobierno puede trasladar la suma disponible al entrar en vigencia la presente Ley, del capítulo 60 del Presupuesto de la vigencia en curso al capítulo que juzgue conveniente, de acuerdo con la organización que dé a la Sección de Provisiones, de que trata esta Ley."

El artículo 1º se acusa, tomando esta Ley como de facultades extraordinarias, por faltarle el requisito **pro tempore**, que exige el artículo 76, ordinal 10, de la Constitución Nacional.

Si se toma aisladamente esta Ley como la presenta el acusador, tal parece que fuera una ley de autorizacio-

nes, o, si se quiere, de facultades extraordinarias **sin limitación de tiempo**, y tachada por este aspecto de inconstitucionalidad, por quebrantar el artículo 76, ordinal 10, de la Carta Fundamental, pues los otros dos requisitos de ese artículo los abona el acusador.

Mas si se tiene en cuenta la Ley 3ª de 1930, vigente cuando se expidió la 31 de 1931, que ha tenido por objeto especial adscribir a alguno de los Ministerios el Departamento de Provisiones, que acababa de ser eliminado como entidad independiente del Ejecutivo (sentencia de la Corte, de fecha 19 de diciembre de 1930), se advierte desde luégo que no hay tal inconstitucionalidad por el aspecto expresado, siendo así que la verdadera ley de autorizaciones, y que reviste al Poder Ejecutivo de precisas facultades extraordinarias (limitadas **pro tempore** hasta el veinte de julio de mil novecientos treinta y uno para ciertos fines, y para otros hasta el treinta y uno de diciembre del mismo año), es la ya expresada Ley 3ª de 1930, que omitió mencionar el acusador, no obstante apoyarse en ella, de manera especial y explícita, el Decreto número 518 bis de 1931, igualmente acusado.

Dos son los otros motivos que el demandante alega para sostener la inconstitucionalidad del artículo 1º, Ley 31: haber facultado al Gobierno para la adquisición de elementos destinados al funcionamiento de ciertas oficinas, con prescindencia de los requisitos del Código Fiscal, y haber exigido para ello tan sólo la aquiescencia del Contralor General de la República. En ese orden procede la Corte a examinarlos, para decidir lo que sobre ellos corresponda.

Tratando el demandante el primer aspecto de la cuestión, se expresa así:

"En el artículo 1º de la Ley 31 de 1931, se dice que al organizar la Sección de Provisiones se podrá prescindir de los requisitos exigidos por el Código Fiscal. Sin duda, existe aquí una mala redacción, si se atiende a que el Código Fiscal no exige requisitos de ninguna clase para la organización de las secciones de los Ministerios. La prescindencia que deseó el legislador permitir fue la de aquellos requisitos exigidos por el Código Fiscal para la adquisición de todos los elementos necesarios para el funcionamiento de todas las dependencias del Gobierno Nacional."

Y entra luégo el actor a analizar esta parte del artículo en relación con los textos constitucionales que por ella considera violados (artículos 62, 63, 77 y 120).

Leyendo con detenimiento el artículo 1º de la Ley 31 de 1931 se ve claramente que la prescindencia de los requisitos del Código Fiscal ciertamente se refiere, nó a la organización de la Sección de Provisiones, sino a la adquisición de elementos para las dependencias del Gobierno, y que sólo se exige allí la aprobación del Contralor. Ocurre entonces preguntar: ¿puede el Congreso permitir o autorizar esa impugnada prescindencia sin menoscabo de los principios constitucionales?

El demandante señala como violado el artículo 62 de la Constitución en la parte que dice:

"La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva."

Forma esta disposición parte integrante del Título **De los Poderes nacionales y del servicio público.**

Se alega que en la legislación fiscal colombiana, así la nacional como la departamental, se contienen reglas precisas y severas sobre incompatibilidad de funciones, y sobre responsabilidad de los empleados y modo de hacerla efectiva, y que la adquisición de elementos para el funcionamiento de las dependencias del Gobierno constituye uno de los ramos más importantes del servicio público y acaso también de, los más delicados, porque por malicia o por ignorancia, por precipitación o por descuido, de buena o de mala fe, puede menoscabarse el Erario Público al celebrar contratos de compra y de prestación de servicios que esa adquisición necesariamente requiere; y saca en consecuencia que el legislador, en esas leyes fiscales, que son las guardadoras del erario común, tiene establecidas como normas invariables la licitación pública, en busca de las mejores condiciones de calidad y precio, el documento escrito, la caución de quiebra y la de cumplimiento de lo pactado, la constancia de la apropiación para atender el pago, la reserva de dinero, la aprobación del Presidente y hasta el pase del Consejo de Estado en ciertos casos; y que por eso el artículo 120 de la Constitución señala, entre las atribuciones del Presidente de la República, "como suprema autoridad administrativa":

"16º Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, **con arreglo a las leyes fiscales** y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias."

Y sobre esta base formula el siguiente argumento:

Si el Presidente de la República no puede celebrar, conforme a la Constitución, contratos de aquella especie sino **con arreglo a las leyes fiscales,** no parece admisible que pueda el legislador autorizar su celebración con prescindencia de esas mismas leyes.

Se considera:

De la amplia atribución señalada en el artículo 1º de la Ley 31 de 1931, se deduce ciertamente que el Jefe de la Sección de Provisiones podrá contratar la adquisición de toda clase de elementos sin sujeción a ninguna de las restricciones que contiene el Código.

El Código Fiscal es una ley, reformable o derogable por el mismo Cuerpo soberano que la expidió; y si es por ley, y no por canon constitucional, por lo que se ha venido exigiendo licitaciones y otras formalidades, que pueden ser y son en realidad utilísimas en pro de la economía y el acierto en el manejo de los fondos públicos, ello implica cuando más que puede ser inconveniente para esos laudables fines la autorización para prescindir de esos requisitos, mas no puede tacharse en manera alguna de inconstitucional.

De conformidad con el artículo 76 de la Constitución, corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas ejercer, entre otras atribuciones, las que señala el ordinal 9º, a saber:

"Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional."

Y se encuentra dentro de las atribuciones del Presidente de la República, ordinal 16, artículo 120 ibídem, la de "celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias."

Esas leyes fiscales, que sirven de norma al Presidente de la República para ejercer la atribución señalada en el ordinal 16, no son obra del constituyente sino sólo del legislador. Por manera que si para un caso especial, como es el que contempla el artículo 1°, Ley 31 de 1931, por lo que toca a la Sección de Provisiones, se faculta al Gobierno para prescindir de los requisitos exigidos por el Código Fiscal en la adquisición de los elementos necesarios para el funcionamiento de las demás dependencias de ese mismo Gobierno, sujetando la adquisición nada más que a la aprobación del Contralor General de la República, sería preciso que el Código Fiscal formara parte de la Constitución para que el precepto que se estudia de la Ley 31 pudiera considerarse inexequible.

Si el legislador, en el ejercicio de sus facultades constitucionales, señala estos o aquellos requisitos para la celebración de ciertos contratos, y sobre determinada materia faculta al Gobierno por medio de una ley para prescindir de ese estatuto fiscal, apenas cabe decir que el Congreso, haciendo uso de su poder soberano, estableció una excepción a lo dispuesto en otras leyes. Y claro está que si el Cuerpo legislativo tuvo poder para dictar el Código, ha de tenerlo también para sentar la excepción, del propio modo que lo tendría para reformar o derogar tales disposiciones.

La reglamentación fiscal que al legislador compete, puede ser amplia o rígida, según el criterio imperante sobre la materia, sin que por ello se violen los principios constitucionales. El Congreso está en libertad de señalar la comprensión y extensión de las normas fiscales, atemperándolas a las circunstancias y a las conveniencias públicas, y al Gobierno corresponde cumplirlas según el ordinal 16, en la forma y términos como el legislador las haya expedido.

Así, pues, los argumentos que la demanda presenta en vía de demostrar la inexequibilidad del citado artículo 1°, corresponden en realidad a motivos de conveniencia o inconveniencia que pudieran invocarse en relación a ese precepto legal. Y no habrían sido ajenos a los debates que precedieron a la expedición de la Ley, ni a un comentario suscrito por un expositor de derecho; pero resultan inconducentes, por el examen que precede, para sustentar una declaración de inexequibilidad.

Otro motivo que alega el actor para pedir la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo 1° de la Ley 31 de 1931, es el de haber señalado, como único requisito para la adquisición de los elementos destinados al servicio oficial, la aprobación del Contralor General de la República.

Apoya su solicitud en el hecho de haber declarado la Corte inexequible el artículo 32 de la Ley 109 de 1923, que decía:

"Todos los contratos celebrados por el Departamento de Provisiones deberán ser firmados por el Contralor, y sin este requisito no tendrán valor alguno."

En sentencia de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta, declaró la Corte inexequibles, a más del 32, los artículos 1°, 3°, 7° y 31 de la Ley 109 de 1923, "por la cual se crea el Departamento de Provisiones." Respecto al mencionado 32, dijo:

"Si la institución del Departamento de Provisiones, tal como la organiza la Ley 109 de 1923 en las disposiciones comentadas, es inconstitucional precisamente porque arrebata atribuciones que son del Presidente de la República, por relación de causa a efecto la disposición del artículo 32 de dicha ley es tachable también, porque al exigir la firma del Contralor en los contratos que celebre el Departamento de Provisiones como requisito esencial para su validez, la subsistencia de tal mandato sujetaría al Jefe del Ejecutivo a una traba, que menoscaba la libertad de sus atribuciones constitucionales, mencionadas en el numeral 16 del artículo 120 de la Carta."

La disposición últimamente citada atribuye al Presidente de la República, como se ha visto, "celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, **con arreglo a las leyes fiscales** y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias." La Corte, en la sentencia mencionada, agrega al respecto:

"Si, como se ha visto, la facultad de celebrar contratos administrativos con sujeción a las leyes fiscales, corresponde al Presidente de la República, la responsabilidad que el ejercicio de esa atribución le atraiga es exclusivamente suya y de sus Ministros, y en manera alguna queda modificada por la participación del Contralor con su firma, participación que sería admisible si el Departamento de Provisiones subsistiera, y participación que, en tratándose de la celebración de los contratos por el Ejecutivo, es superabundante, porque el artículo 54 de la Ley 42 de 1923 señala de modo general la intervención que a este funcionario corresponde en los contratos administrativos que el Gobierno celebre, los que no podrán llevarse a cabo, salvo la excepción allí establecida, sin que el Contralor General certifique que se han apropiado fondos para ese fin, y que la cantidad necesaria para cumplir el contrato está disponible."

Fundada en estas consideraciones, declaró la Corte inexequibles, entre otros, el artículo 32 de la Ley 109 de 1923, que exigía la firma del Contralor para la validez de los contratos que celebrara el Departamento de Provisiones.

Consideró entonces la Corte que la facultad presidencial relativa a los contratos podía quedar vulnerada con el hecho de que un empleado no dependiente suyo se negara a **firmar** determinado contrato. Pero después, una vez expedido el Decreto número 911 (que tiene fuerza de ley), por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial de la Nación, es indudable que la facultad de **aprobación** y de consiguiente improbación contenida en el artículo 1° de la Ley 31 de 1931, en lo relativo al mencionado punto de los contratos, no se presta a la interpretación que le da el acusador y que le ha servido de base para hacer los reparos a la disposición en referencia; y por lo mismo, están fuera de lugar los argumentos de la demanda en que se ataca de inconstitucionalidad la intervención del Contralor en los contratos que celebre la Sección de Provisiones.

Ya en este mismo fallo, en su parte primera (referente a la Ley de Contraloría), se había contemplado este nuevo aspecto que ha traído la vigencia del Decreto número 911 de 1932, y en consonancia con esta tesis se dijo no haber ya materia sobre que pueda recaer un fallo de la Corte en punto de inexequibilidad, según doctrinas constantes de esta corporación. Y si esto se dijo con referencia a los artículos 49 y 52 de la Ley 42 de 1923, sobre creación de la Contraloría, cabe aplicar el mismo concepto con respecto al artículo 1°, Ley 31 de 1931 **(in fine)**, quedando así circunscrita la intervención del Contralor

en los actos o contratos de la Sección de Provisiones, a los fines que determina el artículo 36 del ya mencionado Decreto número 911 de 1932, el cual tiene, como ya se dijo, "fuerza de ley posterior, aclaratoria y modificativa de las leyes anteriores sobre este ramo."

También arguye el demandante que por los contratos que celebre el Presidente puede ser responsable conforme al artículo 29 del Acto legislativo número 3 de 1910; y que dejando en otras manos la celebración de los contratos para la adquisición de aquellos elementos, ha venido a eliminarse la responsabilidad presidencial por este aspecto, y que aun ha podido eximirse de ella al Jefe de la Sección de Provisiones con la prescindencia del Código Fiscal, lo cual pugna—dice—con el precepto ya copiado de la responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva por medio de la ley, que exige la Constitución en su artículo 62; y saca en conclusión que eliminar para uno o para otro esa responsabilidad es dejar en parte sin cumplimiento aquel canon fundamental.

Este argumento no demuestra, a juicio de la Corte, que con el artículo 1º de la Ley 31 se quebrante, siquiera en parte (como lo insinúa el acusador), el artículo 62 de la Carta Fundamental; porque en los contratos que celebre el Gobierno claro está que la responsabilidad es directamente suya en relación con el artículo 29 del Acto legislativo de 1910, y en aquellos que se celebren por el Jefe de la nueva Sección de Provisiones, aun con prescindencia de los requisitos que señala el Código Fiscal, ya se ha visto que no cabe tacharlos de ineficaces o inválidos, porque el legislador bien podía reformar las leyes fiscales, ampliando o restringiendo su alcance, y el Presidente podía reglamentar la ley en ejercicio de las funciones ordinarias de que está investido y de las que le confieren leyes especiales; de suerte que si encarga a un empleado de su dependencia, como lo es el Jefe de la Sección de Provisiones, de la celebración de algunos contratos, no puede decirse que se elimine la responsabilidad del comisionado, aun cuando se le exija menor cantidad de formalidades en su actuación, de acuerdo con la ley. Si el subalterno cometiere algún fraude en perjuicio de la Nación, o de cualquier otro modo abusare de sus funciones, será responsable en el fuero civil y en el penal. No se quebranta, pues, en manera alguna el precepto que contiene el artículo 62 de la Constitución.

También se refiere la demanda al artículo 2º de la Ley 31 de 1931, que confiere al Gobierno algunas facultades; pero, por razón de método, se pasa a examinar el otro acto acusado, que es el Decreto expedido en desarrollo de esa Ley, y donde se tratará de la misma materia del artículo 2º, transcrito al principio.

Decreto número 518 bis de 1931.

Antes de entrar a examinarlo en las disposiciones que considera inconstitucionales, analiza el demandante la naturaleza de este Decreto, para concluír que es un acto legal, y, por tanto, irreformable.

Por haber sido dictado en virtud de una facultad extraordinaria conferida por el Congreso al Gobierno, éste hizo las veces de aquél, en sentir del demandante; y así, el Decreto 518 bis es una verdadera ley, que ya no puede ser modificada, ni en lo mínimo, por el Poder Ejecutivo (porque carece ahora de facultad para ello, una vez ejercida la que le dio origen), sino por la Corte o el Congreso.

"Las limitaciones que ese decreto-ley contenga a las facultades constitucionales del Presidente y de los Ministros, han quedado—dice—de tal manera firmes e inconmovibles, que solamente el legislador puede quitarlas o la Corte declararlas sin valor."

Es verdad que, en tesis general, los decretos expedidos por el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias, tienen la fuerza obligatoria de las leyes, y son irreformables por el Poder Ejecutivo después de haber expirado el término concedido para el ejercicio de esas facultades; pero en tales decretos puede haber, además, y las hay con frecuencia, disposiciones de carácter reglamentario, adoptadas por el mismo Poder Ejecutivo en ejercicio de sus propias y peculiares atribuciones, y que pueden ser reformadas o derogadas en cualquier tiempo por el mismo que las decretó.

Creada la dicha Sección de Provisiones y fijados el personal y las asignaciones de los empleados, ya el Gobierno hizo uso de la facultad extraordinaria puesta en sus manos por el Congreso, y no puede reformar su Decreto en esa parte una vez vencido el término de las facultades extraordinarias. Fijadas las atribuciones de cada funcionario, las formalidades para la compra de elementos, las normas a que debe sujetarse el funcionamiento de la Oficina, aún pueden quedar vacíos en cuestiones adjetivas o de detalle, que son de reglamentación, acerca de las cuales puede el Ejecutivo, en ejercicio de sus atribuciones ordinarias, introducir las necesarias reformas en cualquier tiempo.

Así considera la Corte que debe apreciarse la índole del Decreto número 518 bis de 1931, dictado por el Presidente de la República "en uso de sus facultades legales, y en especial (dice), de las que le confieren el inciso **b)** de la Ley 3ª de 1930 y la Ley 31 de 1931." De acuerdo con este concepto se pasa a analizar los artículos impugnados del Decreto y los textos constitucionales que por ellos considera quebrantados el demandante.

Por el artículo 1º se crea, bajo la dependencia del Ministerio de Gobierno, una Sección encargada de la adquisición por compra o fabricación, de todos los elementos necesarios para el funcionamiento de todas las dependencias del Gobierno Nacional, la cual se denominará Sección de Provisiones.

Son dos principalmente los motivos que se alegan para pedir la declaración de inexequibilidad de ese artículo. Se pasa a estudiarlos en el orden que de la lectura del extenso libelo puede deducirse.

I. El haber adscrito al Ministerio de Gobierno la Sección de Provisiones es cosa que el demandante impugna por falta de afinidad entre las altas funciones de este Departamento administrativo y las que corresponden a aquella entidad en el vasto campo de actividades que su compleja índole comporta.

Conforme al artículo 132 de la Constitución, el número, nomenclatura y precedencia de los distintos Ministerios o Departamentos administrativos, son determinados por la ley. "La distribución de los negocios según sus afinidades, agrega, corresponde al Presidente de la República."

Al adscribir en el Decreto que se estudia, al Ministerio de Gobierno la Sección encargada de la provisión de elementos para las oficinas, estima la Corte que el Presidente de la República hizo uso de la facultad ordinaria que para el correcto funcionamiento del servi-

cio público le atribuye el artículo citado de la Constitución.

Largamente diserta el demandante, para concluír, que no hay afinidad ninguna entre la compra y fabricación de elementos y la policía, el orden público, la justicia, las cárceles, las Gobernaciones departamentales y otros asuntos de mayor entidad, de que siempre ha conocido el Ministerio de Gobierno; y agrega, que aquéllos guardan más bien afinidad con los Ministerios de Hacienda o de Obras Públicas; de donde deduce que el Jefe del Ejecutivo erró al distribuír esos negocios en la forma que indica el artículo acusado.

Pero este es un simple concepto, que no tiene respaldo ninguno ni argumento probatorio concluyente en relación con determinado texto constitucional.

"El Presidente de la República—dice el demandante—al hacer la distribución de los negocios a diferentes Ministerios, no es libre en absoluto. Tiene que hacerlo según sus afinidades. Es un requisito que ha exigido el constituyente, requisito que, por otra parte, es lógico y profundamente racional."

No se aparta la Corte de estos principios. El Presidente debe atender las **afinidades**; ¿pero hay en la misma Constitución o siquiera en la ley alguna regla o norma para determinarlas? No la hay ni puede haberla, porque si la hubiera, quedaría el Presidente sometido a otra entidad para una función puramente ejecutiva, no sustancial sino reglamentaria, cuyo ejercicio supone conocimiento íntimo de todos los negocios, práctica de su manejo, experiencia, en fin, que sólo se adquiere en el desempeño de la autoridad gubernativa; luego es sólo al Presidente a quien corresponde calificar las afinidades en cada caso.

No puede, pues, decirse violado el artículo 132 de la Constitución por el 1º del Decreto número 518 bis de 1931.

II. Otra parte del extenso escrito del demandante en relación con el mismo artículo 1º, es la que se refiere a la limitación de las actividades propias, peculiares y constitucionales de los Ministros con la creación de la Sección de Provisiones, dependiente de uno solo de ellos, a la cual—dice—quedan todos sometidos.

De esa limitación de actividades deduce el demandante que pueden producirse continuas dificultades y aun dar origen a la absoluta irresponsabilidad, no sólo de los Ministros sino de los empleados de la Sección de Provisiones.

Los Ministros son jefes superiores de la Administración ejecutiva, según los artículos 59 y 135 de la Constitución, y se constituyen responsables de sus actos oficiales conforme al 122, idéntico en esencia al 30 del Acto legislativo número 3 de 1910 que lo reemplaza, disposiciones que, en concepto del actor, quedan violadas con el artículo 1º del Decreto número 518 bis de 1931.

Largamente diserta el demandante sobre los inconvenientes de diversa índole y sobre el despilfarro que en la provisión de elementos para los Ministerios se presentan con la intervención exclusiva de la nueva entidad encargada de ella; pero a la Corte no corresponde entrar en esas disquisiciones, propias para otro género de debates, sino examinar la disposición objetada en relación con los textos constitucionales que por ella pudieran sufrir algún quebranto.

Su simple lectura, y la de los artículos concordantes, hacen ver que es atribución soberana del Jefe del Ejecutivo determinar las actividades administrativas de los Ministerios y el modo de llevarse a la práctica. Ya se ha visto, al hablar de la **afinidad** exigida por el demandante para el reparto de los negocios, que en este particular no hay ni puede haber una entidad que corrija la plana al Presidente y fije normas distintas de las establecidas por él en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales. La Constitución lo ha dejado en libertad de señalar los asuntos en que cada Ministro ha de ser jefe de la administración; de modo que puede atribuír una gestión a cualquiera de ellos, y aun puede asignar diversas gestiones a uno o más Ministros, cuando a un mismo fin concurran distintas actividades, sin que por ello deje de ser cada Ministro jefe del respectivo ramo, y de responder de sus propias gestiones en la forma que la Constitución y las leyes establecen.

El señor Procurador General de la Nación trae en su vista el siguiente ejemplo:

"La adquisición de elementos para el Ejército es asunto propio del Ministerio de Guerra, pero puede el Presidente de la República asignar al Ministerio de Relaciones Exteriores la función de obtener la autorización que las leyes del país de donde se van a importar tales elementos puedan exigir en ciertos casos, y encomendar al Ministerio de Obras Públicas lo relativo al transporte y conducción de los mismos; todo sin perjuicio de ser cada uno jefe de la respectiva función que le ha sido asignada por el Presidente de la República. De la misma manera puede éste adscribir a un Ministerio cualquiera todo lo relativo a la adquisición de los elementos necesarios para las oficinas públicas, dejando a los demás la dirección suprema en las otras actividades que les han sido asignadas."

Por la Ley y por el Decreto acusados quedan, indudablemente, limitadas las facultades de todos los Ministros en orden a la provisión de los diversos elementos necesarios para el despacho de sus propios negocios, puesto que se les priva de una facultad que en otro tiempo tuvieron; pero si esta medida puede ser materia de análisis en campos diversos, ella no implica en manera alguna violación de la Constitución; y así, por este otro aspecto de la cuestión, el artículo 1º del Decreto número 518 bis de 1931 tampoco es inexequible.

Por el artículo 2º del mismo Decreto se pone la Sección de Provisiones a cargo de un Director, cuyas atribuciones se determinan en sendos incisos.

De esas distintas atribuciones se estudian y critican en la demanda: la referente a la compra de todos los elementos, la de comprobar su urgencia y la de limitar los pedidos hechos por los Ministerios o Departamentos administrativos.

Cita como violados los mismos textos constitucionales indicados al hablar del artículo 1º, y trae en apoyo de su tesis argumentos en sustancia iguales a los indicados para ese objeto.

En cuanto a la **limitación de los pedidos**, razona el demandante así:

"Si el Director puede limitar los pedidos, si puede ampliamente poner pauta a los demás Ministerios y aun al mismo de Gobierno, no puede quedar duda alguna de las restricciones que éstos sufren en sus facultades. Se podrá decir que esa limitación no puede hacerla el Director sino de acuerdo con su Consejo Directivo. Eso es todavía peor. Al fin y al cabo un funcionario solo es más o menos responsable, se le puede argumentar, se le puede convencer, se le puede remover. Pero la irrespon-

sabilidad de ocho subalternos que dependen de ocho superiores distintos, y el ingresar el pensamiento de esos ocho funcionarios, ¿qué es lo que trae por consecuencia? La irresponsabilidad y la anarquía."

A esto la Corte observa que para esa debatida limitación se exige el acuerdo del Consejo Directivo, creado por el mismo Decreto, y al cual concurren los Ministros o sus representantes. Teniendo ellos esa participación en lo referente a sus propios pedidos, no puede decirse ni que se les merman facultades ni que se les exime de la responsabilidad constitucional, como lo asevera el demandante.

Así que, aplicando las mismas razones que se tuvieron para definir el punto anterior, puede decirse que, por el aspecto en éste contemplado, tampoco es inexequible el artículo que se estudia.

Haciendo uso de las facultades constitucionales sobre distribución de negocios entre los distintos Departamentos administrativos, el Presidente de la República ni ha violado la Constitución ni ha quitado a los Ministros su jefatura ni su responsabilidad.

Por el artículo 3º del Decreto número número 518 bis de 1931, se crea el Consejo Directivo de la Sección de Provisiones, compuesto de los ocho Ministros del Gabinete ejecutivo o de sus representantes, designados "bajo su responsabilidad solidaria," y se crea también un Comité ejecutivo, "compuesto de los miembros del Consejo Directivo que tengan la representación de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Correos y Telégrafos y Obras Públicas."

Acerca de lo cual dice la demanda:

"Este artículo, si se le toma aislado y escueto, no tiene en sí mismo, en su texto, nada atacable; pero relacionado como está íntimamente con la organización entera encargada de la adquisición de elementos, debe correr la misma suerte que ella, y así lo pido de manera expresa a la honorable Corte."

Y pasa a analizar el siguiente, para pedir la misma declaración de inexequibilidad.

Dice el artículo 4º en su primera parte:

"Queda prohibido a toda oficina que no sea la Sección de Provisiones, verificar compra alguna de materiales, útiles o equipo para el uso del Gobierno Nacional, excepto cuando el servicio público lo reclame y previa autorización del Consejo Directivo."

En sentir del demandante se encuentra aquí con más claridad y firmeza que en los anteriores, una prohibición perentoria a todos los Ministros para hacer sus adquisiciones, esto es, para hacer uso legal de sus facultades constitucionales, con lo cual la Sección de Provisiones "acapara—dice—la casi totaldad del poder público en esta materia."

Por ello señala como violados con estos artículos los mismos que indicó en el punto anterior, y además el 120 de la Constitución.

El ordinal 16 de este último texto constitucional atribuye al Presidente de la República, como ya se ha visto, la celebración de contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas. Seguramente es este inciso el que considera el actor violado con el artículo 4º del Decreto que, en sustancia, prohibe a los Ministros la celebración de esos contratos, puesto que les suprime la facultad que antes tenían para comprar elementos, cuyo suministro queda hoy exclusivamente a cargo de la nueva Sección de Provisiones.

En términos generales, como se ataca el artículo 3º del Decreto (que crea un Consejo Directivo y un Comité Ejecutivo para dirigir y controlar al Jefe de la Sección de Provisiones), es decir, no en sí mismo, sino en sus relaciones con la organización entera encargada de la adquisición de elementos, no encuentra la Corte por dónde pueda la creación de esas dos entidades regulares quebrantar directa ni indirectamente la Constitución Nacional; pues si se trata de la responsabilidad de los Ministros, ella se reafirma más bien que eliminarla, mediante la intervención de los Ministros como miembros de esas Juntas; y si se refiere a la responsabilidad constitucional del Presidente en los contratos que le corresponde celebrar según el ordinal 16 del artículo 120, los artículos 3º y 4º del Decreto en nada desvirtúan esa responsabilidad, desde luégo que los contratos a que aquel ordinal alude "para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas," no son los encaminados a la compra o fabricación o adquisición de elementos para el uso del Gobierno en sus diversos ramos de administración, contratos estos últimos que son los atribuídos en el Decreto a la Sección de Provisiones, asesorada en muchos casos por la Junta Directiva y por el Comité Ejecutivo arriba mencionados; y, por último, si la inexequibilidad se funda en cercenamiento de facultades a los Ministros en relación con las que tenían anteriormente para comprar por separado los elementos que hoy corresponde adquirir a la Sección de Provisiones, dependiente sólo del Ministerio de Gobierno, ya se ha dicho que tales atribuciones bien ha podido el Presidente encargarlas a cualquiera de los Ministerios, en ejercicio de la facultad que tiene de distribuir los negocios según el artículo 132 de la Constitución.

Dice el demandante respecto a los artículos 5º, 6º y 8º del Decreto:

"Por el artículo 5º, el Consejo Directivo debe dictaminar sobre las conveniencias de los pedidos de las distintas entidades públicas, cuando así lo estime conveniente el Director, y podrá reducirlos según las conveniencias y necesidades del servicio público.

"Le cuadran a esta disposición los mismos reparos que se han hecho a otras disposiciones. Las atribuciones que el constituyente dio a los Ministros en cada uno de sus ramos y las generales del Presidente de la República, no pueden quedar limitadas por una entidad como el Consejo Directivo de la Sección de Provisiones, entidad irresponsable, sin representación, sin control de ninguna especie. Menos, mucho menos, en asunto de tánta elasticidad, como es la apreciación acerca de la conveniencia de los pedidos. Todavía, si se hubiera de dictaminar en ese concepto sobre la legalidad, podría ser aceptable el procedimiento, aun cuando constituyera un formulismo inútil. Pero encargarlo de apreciar la conveniencia, es ponerlo por encima del Ejecutivo, por encima de los Ministros en general y de cada uno de ellos en particular. Un Ministro no puede desarrollar sus programas ni aun sujetándose estrictamente a todas las disposiciones y requisitos. Tiene que tomar la venia, el parecer del Consejo Directivo, acerca de la conveniencia del pedido.

"Por lo mismo, por contrariar las propias disposicio-

nes constitucionales a que el artículo 4º hace relación, demando la declaración de inexequibilidad del 5º.

"En el artículo 6º se dispone que cuando el Director de Provisiones lo juzgue conveniente, puede pedir al Consejo Directivo autorización para estandarizar un artículo, y, una vez resuelto el punto, las oficinas quedan obligadas a recibir los materiales, muebles, enseres, efectos, útiles de escritorio, equipos, etc., de los tipos y marcas adoptados por la Sección de Provisiones.

"No quiero alegar y repetir hasta el cansancio que esto limita las facultades que la Constitución les ha otorgado a los Ministros para el buen desempeño de las funciones a su cargo, y para lo cual la propia Constitución y la ley los ha constituído responsables. Es más: la opinión pública hace responsables a los Ministros de la acción buena o mala que se desarrolle en la gestión correspondiente, y sin embargo ese Ministro está cohibido aun para la elección de la clase de elementos con que va a trabajar. Si una mayoría de cuatro miembros del Consejo, junto con el Director, dictaminan una marca, el Ministro, aun con la protesta de su representante en el Consejo, está obligado a recibir los artículos de esa marca, y, por lo mismo, a hacer una gestión desairada, a buen seguro. La estandarización, en ocasiones conveniente, es en otras nociva en grado sumo. No hace otra cosa que aumentar el precio de las cosas, por razones que a nadie se ocultan. Casos se han visto de estandarización, y yo podría citarlos, en los cuales y a virtud de ella, se han desperdiciado elementos todavía servibles, a fin de dar cabida a un nuevo artículo; éste, una vez ensayado, no servir, y en seguida proceder a perder de nuevo todo lo que se había sujetado a la estandarización, para tener que adquirir otros elementos más adecuados. ¿Qué parece, por otra parte, un Consejo Directivo de empleados de nómina y un Director de Provisiones, o mejor dicho éste solo, dictaminando soberanamente sobre marcas y clases de artículos, respecto de los cuales no se calculan competentes para dictaminar los mismos expertos? ¿En dónde van a quedar esas comisiones de expertos de obras públicas, de telégrafos, etc., y aun los mismos asuntos de drogas para la asistencia pública y lo relativo al fomento de la agricultura, ante la ciencia que va a desarrollar ex-cátedra ese solemne y sapiente señor Director de Provisiones? ¿Y esa facultad libérrima de imponer marcas y clases a todo el mundo, no será un principio fatal de despilfarro, de favoritismo, etc.?

"Por limitación, pues, de atribuciones constitucionales en los puntos ya citados, demando para (sic) inexequibilidad el artículo 6º del Decreto 518 bis de 1931.

"Por el artículo 8º del citado Decreto se faculta al Director de Provisiones para contratar él el transporte de carga. La Corte ha dicho ya en su sentencia de diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta, que los contratos corresponden al Presidente de la República; en forma, pues, que por contrario al ordinal 16 del artículo 120 de la Carta Fundamental, pido se declare inexequible el artículo 8º, en cuanto por él se faculta al Director de Provisiones para celebrar determinada clase de contratos."

Sobre la primera parte (artículo 5º), la Corte halla acertado y concluyente lo expuesto en su vista por el señor Procurador General de la Nación, y por ello acoge y reproduce los siguientes apartes de esa pieza:

"Con la creación de la Sección de Provisiones, sostiene el demandante (folios 23 y siguientes), quedan limitadas las actividades constitucionales de los Ministros. Que quedan limitadas las facutades de los diversos Ministros, en cuanto al derecho a proveerse de los diversos elementos necesarios para el despacho de sus propios negocios, es evidente, puesto que se les ha quitado, por virtud del Decreto, una facultad que antes tenían; pero que el habérseles cercenado estas atribuciones para adscribirlas a un solo Ministerio, constituya una violación de la Constitución, es lo que no ha probado el demandante. Efectivamente, la Constitución sólo ha supuesto que los Ministros son jefes de administración, y ha autorizado al Presidente para fijar los asuntos en los cuales han de ser ellos tales jefes; pero no le ha exigido a éste que asigne la integridad de cada gestión al respectivo Ministerio; y, por lo tanto, en aquellas gestiones que se compongan de actividades complejas, aunque todas se refieren a una sola gestión, puede asignar unas a un Ministerio y otras a otro, sin que por ello deje de ser cada Ministro jefe de la respectiva actividad que le ha sido confiada. Es decir, puede el Presidente de la República organizar los Ministerios en organización de Estado Mayor, sin que se le exija siempre la organización divisionaria. En una palabra, considero que es atribución soberana suya determinar las actividades administrativas en las cuales han de ser jefes los Ministros. Por ejemplo: la adquisición de elementos para el Ejército, es asunto propio del Ministerio de Guerra, pero puede el Presidente de la República asignar al Ministerio de Relaciones Exteriores la función de obtener las autorizaciones que las leyes del país de donde se van a importar tales elementos puedan exigir en ciertos casos, y encomendar al Ministerio de Obras Públicas lo relativo al transporte y conducción de los mismos; todo sin perjuicio de ser cada uno jefe de la respectiva función que le ha sido asignada por el Presidente de la República. De la misma manera puede éste adscribir a un Ministerio cualquiera todo lo relativo a la adquisición de los elementos necesarios para las oficinas públicas, dejando a los demás la dirección suprema en las demás actividades que les han sido asignadas.

"Por lo tanto, la simple asignación de la provisión de elementos para todas las oficinas públicas al Ministerio de Gobierno, separando de cada Ministerio esta atribución que antes tenía, no implica una violación de la Constitución Nacional."

Respecto del artículo 6º, el actor sólo hace una crítica de inconveniente, mas no dice cuál es el precepto violado por estimar "limitadora (sic) de atribuciones constitucionales" el artículo 6º citado del Decreto número 518 bis de 1931.

En lo referente al artículo 8º del citado Decreto, basta observar que la sentencia de la Corte a que el acusador alude no es aplicable al caso que se estudia, porque allí se trató del menoscabo de las facultades del Presidente de la República, por haber atribuído el legislador al Jefe del Departamento de Provisiones, con carácter autonómo, las funciones de celebrar ciertos contratos; mientras que aquí se trata de facultades delegadas por el mismo Presidente a uno de sus subalternos, para llevar a efecto negociaciones secundarias, y que no pueden ni podrían ser llevadas a cabo personalmente por él mismo sin perjuicio de las más importantes y delicadas labores

que le están encomendadas como Jefe de la Administración Ejecutiva.

El artículo 9º del Decreto número 518 bis de 1931, dice así:

"Los contratos que celebre y los pedidos que haga la Sección de Provisiones, cuando pasaren de trescientos pesos ($ 300), deberán ser aprobados por el Contralor General de la República previo dictamen favorable del Comité Ejecutivo, sin cuyos requisitos no tendrán valor alguno."

Por triple aspecto considera el actor inexequible el artículo 9º transcrito: por exigir para la celebración de los contratos requisitos no autorizados por la ley; por someter los de más de trescientos pesos a la aprobación del Contralor General de la República, y por prescindir en los contratos menores de esa cantidad, de la exigencia de un requisito obligatorio según la ley de autorizaciones, cual es la aprobación de ese mismo funcionario. Separadamente procede la Corte a estudiar cada uno de esos motivos para resolver lo que corresponda en relación con el artículo acusado.

I

"Si el Ejecutivo—dice el demandante—señala requisitos para la celebración de contratos, requisitos no enumerados o autorizados por el legislador, ha traspasado las autorizaciones, mejor dicho y más claro, se ha tomado atribuciones constitucionales que le competen al legislador, y en consecuencia, ha violado la Constitución."

Por haber señalado para ciertos contratos el requisito de la aprobación del Contralor (requisito que el actor ha acusado ya de inconstitucional), y el dictamen previo del Comité Ejecutivo (requisito no autorizado por la Ley 31 de 1931), acusa como violatorio de la Constitución el artículo citado.

Se ha visto atrás que el Decreto se funda en autorizaciones extraordinarias para ciertos efectos, y en autorizaciones ordinarias en cuanto a los demás, que son principalmente los de reglamentación consecuencial al primer carácter, y necesaria en el desarrollo de las facultades extraordinarias que le dan origen. Al fijar el requisito de la intervención del Comité ha procedido el Gobierno con derecho propio, en ejercicio de facultades que son anexas a su autoridad, y no por la investidura que le otorgó la Ley 3ª de 1930. Y así, en ejercicio de esas funciones ordinarias, bien pudo fijar normas para la celebración de los contratos, con tanto mayor razón en este caso, cuanto que se sintió desligado de las leyes fiscales, por obra de la misma ley, y quiso establecer alguna restricción o formalidad, siquiera fuese la menos exigente, y por ello decretó, no la aprobación, sino el concepto previo (cosa muy conveniente, en tratándose de negocios de compra o contratos), de una entidad asesora para tan delicado asunto.

Con esta intervención del Comité Ejecutivo no se coarta, pues, la ley de autorizaciones, ni se viola texto alguno de la Constitución Nacional; antes bien, el Presidente ha obrado en ejercicio de la facultad que le confiere el ordinal 3º, artículo 120 de la Carta.

II

El segundo motivo es la aprobación del Contralor para los contratos que pasen de trescientos pesos.

Atrás queda estudiado el punto, al hablar de la intervención del Contralor General de la República que para la adquisición de elementos exige el artículo 1º de la Ley 31 de 1931; y al declarar improcedente a ese respecto la acusación, lo es también la que se dirige al artículo 9º del Decreto 518 bis de ese mismo año, quedando circunscrita la intervención del Contralor a los mismos límites que señala el Decreto número 911 de 1932, en su artículo 36, intervención que ya no implica exigencia de aprobación de este funcionario.

III

En concepto del demandante, dado el tenor literal del artículo que se estudia, los contratos y pedidos menores de $ 300 "son válidos sin requisito alguno," pues los que pasen de esa suma son los que rezan con la insubsistente aprobación del Contralor General de la República.

Por la prescindencia de todo requisito para esta especie de contratos el acusador señala como violado el artículo 76 de la Constitución, porque sólo el legislador—dice—podía dejar sin requisito alguno aquellas negociaciones; y al considerar como válidos los contratos menores de $ 300, sin ningún requisito especial, ni siquiera el que en su artículo 1º exige la Ley 31, el Ejecutivo no sólo violó esa Ley, sino que invadió el campo del legislador y violó la Constitución en su artículo 76 citado.

Así razona el demandante; y sería el caso de entrar en el análisis de las diversas fases por las cuales estudia la materia; pero basta para definirla y dar por terminado este punto, la consideración de que el Ejecutivo, al dejar sin la aprobación del Contralor cierta clase de contratos, en nada viene a afectar su validez o eficacia, dado el papel que hoy desempeña el Contralor. Y al eximir tácitamente los mismos contratos del concepto previo del Comité, ejerció la misma facultad de que podía disponer, según se ha visto, para exigir ciertos requisitos a los contratos y pedidos de mayor cuantía, de conformidad con las facultades que le fueron conferidas por las Leyes 3ª de 1930 y 31 de 1931.

No es, pues, tampoco por este tercer motivo inexequible el artículo 9º del Decreto en cuestión.

De los artículos 10, 12, 13 15, 17, 20, 25, 26, 27, 30 a 34 y 39 del mencionado Decreto, demanda también la declaración de inexequibilidad por ciertos aspectos de ellos, como contrarios a las prerrogativas del Presidente o de los Ministros consagradas en los artículos 59, 120 y 135 de la Constitución, y 29 y 30 del Acto legislativo número 3 de 1910; pero no dice el actor cómo funda su concepto, ni hace exposición razonada como respecto a los anteriores, sino que enuncia la materia de esos artículos, que encuentra objetables; y así nada puede decirse aquí de ellos, por carencia de uno de los requisitos esenciales a toda demanda.

Sobre otros artículos del mismo Decreto hace un estudio más claro y extenso, para demostrar su inexequibilidad por oposición a diversos textos constitucionales; y en esa forma es posible entrar a considerar esta parte de la demanda y resolver sobre lo que a ella corresponda en orden a las disposiciones impugnadas.

El artículo 18 establece varios requisitos para las adquisiciones que se hayan de hacer en el Exterior por medio de agentes consulares. Afirma el demandante que el establecimiento de los requisitos indispensables para la celebración de los contratos es del exclusivo resorte del legislador, conforme al artículo 76 de la Carta Fundamental, y que el Ejecutivo no estaba autorizado para señalarlos en este caso; de donde deduce que, al ejercer-

se por él una función del legislador sin esa facultad extraordinaria, violó el precepto constitucional expresado.

Tanto la Ley 3ª de 1930 como la 31 de 1931 facultan al Gobierno para organizar la Sección de Provisiones, y hasta lo exime esta última de toda traba fiscal en los negocios a que ella se destina; luego bien puede, y pudiera decirse, debe, reglamentar la provisión de elementos, con mayor razón los de procedencia extranjera, para que las operaciones necesarias se lleven a cabo con la mayor pulcritud y economía posibles. Por este aspecto no puede, pues, tacharse de incorrecto ni mucho menos de inconstitucional el artículo que se estudia.

Del artículo 25 acusa también el demandante la primera parte, que autoriza a la Sección de Provisiones para imponer multas hasta de $ 50 a los funcionarios negligentes o morosos en el cumplimiento de sus deberes. A este respecto considera la Corte que la potestad reglamentaria lleva consigo la facultad de establecer las sanciones adecuadas para hacer efectivas sus disposiciones. Así lo expresó muy claramente la misma Corte en su fallo de fecha diez y siete de agosto de mil novecientos veintiséis (**Gaceta Judicial**, números 1700 y 1701), donde se dijo:

"Cuarto cargo. Se afirma que son opuestas a los artículos 20 y 23 de la Constitución las disposiciones de los decretos acusados, que sancionan con multas, convertibles en arrestos, las infracciones a los reglamentos sobre extracción, comercio y explotación de platino, por cuanto conforme al primero de aquellos textos constitucionales, 'los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes,' y con arreglo al segundo de los mismos, 'nadie podrá ser molestado en su persona o familia ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.'

"De estas disposiciones parece deducir el demandante que solamente las leyes y no los simples decretos ejecutivos, pueden establecer sanciones de carácter penal.

"Se anota:

"La potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, lleva necesariamente consigo la facultad de imponer sanciones a quienes violen los reglamentos respectivos, pues de lo contrario no tendría la indicada potestad objeto ni eficacia práctica. Así lo ha entendido el legislador, y por esa razón el numeral 16 del artículo 68 del Código Político y Municipal señala entre las atribuciones del Presidente de la República la de castigar con multas y arrestos a quienes le falten al debido respeto y a quienes desobedezcan las providencias del Gobierno. Esta disposición, que no ha sido acusada, sirve de apoyo a los artículos del Decreto que imponen sanciones de multa convertible en arresto, a quienes infrinjan algunos preceptos del mismo."

Habrá de declararse, pues, infundada la tacha de que se habla.

El artículo 29 establece que la Imprenta Nacional será administrada por la Sección de Provisiones, y fija la forma de hacerlo. El demandante sostiene que el Gobierno no estaba facultado por la Ley 31 para encajar dentro de la Sección de Provisiones la Imprenta y la Litografía Nacionales, de modo que, en su sentir, ha ejercido una función o facultad de que carecía en absoluto, violando así el precepto constitucional.

En síntesis, el demandante razona así: al organizar la Sección de Provisiones el Gobierno dictó un decreto que tiene fuerza de ley, actuó como legislador; es así que no es función del legislador distribuír los negocios entre los diversos Ministerios, luego al adscribir la Imprenta y la Litografía a determinada sección dependiente de uno de ellos, ejerció el Poder Ejecutivo una facultad de que carecía, como carece de ella el Congreso.

Caben, para contestar este argumento, las mismas razones que se adujeron para explicar la índole y alcance del Decreto ejecutivo que se estudia. Del silogismo formulado por el demandante debe negarse la mayor por exceso de amplitud. El Decreto tiene fuerza de ley en cuanto a creación de empleados y fijación de sus dotaciones, pero es un simple decreto reglamentario en lo demás, y la Imprenta Nacional ha sido siempre ramo especial del Ministerio de Gobierno; estuvo adscrita al extinguido Departamento de Provisiones, hoy Sección del mismo Ministerio; el Ejecutivo, en uso de sus atribuciones ordinarias, puede en cualquier momento pasar a otro Ministerio la Imprenta y la Litografía Nacionales, y con haberlas adscrito a uno de ellos, en nada limita esas facultades constitucionales, ni viola texto alguno de la Carta Fundamental.

Así, por lo que respecta a la Imprenta y a la Litografía, de que hablan los artículos 29 y 40 del Decreto que se estudia, no puede decirse que ellos sean inexequibles, como pide el demandante alegando que con ello se limitan las facultades constitucionales propias de los Ministros (artículo 135).

Pero sostiene el acusador que la incorporación de la Imprenta y de la Litografía Nacionales en la Sección de Provisiones, en forma tál que el Jefe único de las dos secciones es el Director de Provisiones y no el Ministro respectivo, limita las facultades constitucionales de éste como Jefe superior de la Administración, y por ese aspecto solicita que se declare inexequible.

Observa la Corte que el acusador no cita la disposición constitucional que dice haber sido violada por el motivo que expone, ni podría citarla, pues no hay canon de la Carta que obligue a los Ministros a entender de modo directo en todos los detalles de la Administración. Por razones de organización y de división del trabajo se encarga a las secciones de los Ministerios de esos detalles bajo la dirección general del Ministro respectivo, sin que esto, que es materia de organización como se ha dicho, y que no tiene otro objeto que el de facilitar la tarea de los Ministros, pueda tomarse como restricción o merma de sus atribuciones.

El artículo 37 dispone en su segundo inciso que "cuando el Director de la Sección de Provisiones estime que algún artículo de los que tenga en su poder no es necesario para el servicio del Gobierno, o cuando tal artículo se encuentre deteriorado, pondrá el hecho en conocimiento del Departamento de Contraloría, para que el Contralor decida, por sí o por medio de un representante suyo, si debe destruírse o venderse en subasta pública dicho artículo."

Pregunta el demandante:

"¿De dónde se ha sacado la autorización para dar al Contralor en ese Decreto semejante facultad?"

Se considera:

Decir que la autorización que confiere el artículo 37 del Decreto, que se transcribió anteriormente, "es opuesta al derecho público en general y a las disposiciones constitucionales en particular," es hacer una afirmación de carácter abstracto, desprovista, por lo mismo, de todo fundamento de acusación en concreto.

Al Contralor no se le confiere en este artículo 37 del Decreto, la facultad de disponer libremente de las cosas del patrimonio común, como lo sostiene el acusador; únicamente se impone al Director de la Sección de Provisiones la obligación de poner en conocimiento del Departamento de Contraloría, para que por éste se decida si deben destruírse o venderse en pública subasta, aquellos artículos que se hayan deteriorado o que no sean necesarios para el servicio del Gobierno. De suerte que el Contralor no va por sí y ante sí a disponer del patrimonio común, y mucho menos de bienes inmuebles, que en ningún caso quedan comprendidos en la disposición que se analiza; simplemente da una decisión para que se pueda destruír lo que no sirve, o para que se venda, mediante un requisito que asegura la mayor ventaja y garantía para el Estado, cual es la subasta pública.

Y si el Decreto, como ya se ha visto, se expidió en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 3ª de 1930, entre las cuales figura la de organizar los Departamentos administrativos y para señalarles atribuciones, cabe perfectamente dentro de ellos el uso que ha hecho el Ejecutivo al asignar al Contralor la función de que se viene hablando; y así, no se encuentra cómo haya podido violarse el artículo 76 de la Constitución en su numeral 9º, que invoca el demandante.

El artículo 40 fija el personal y las asignaciones mensuales de la Sección de Provisiones. Este artículo el actor lo engloba con el 29 en su libelo, en cuanto aquél (40) fija el personal y asignaciones de la Litografía Nacional; mas no determina en qué consista precisamente la inexequibilidad de dicho artículo 40; y aunque el señor Procurador estima que puede haber esa inexequibilidad en cuanto se crearon empleos y se fijaron dotaciones a los mismos, sin estar para ello el Gobierno autorizado suficientemente, violándose así el numeral 7º, artículo 76, del Estatuto, es lo cierto que si bien la Ley 31 de 1931 (que no es propiamente de facultades extraordinarias), no le podía conferir aquellas autorizaciones, sí cabían éstas dentro de las que la Ley 3ª de 1930, vigente a la sazón, le tenía ya conferidas con carácter de extraordinarias, dentro de un término que estaba en curso el día en que fue expedido el Decreto en cuestión (trece de marzo de mil novecientos treinta y uno), en el cual se invocan tanto la Ley de 1930 como la de 1931, que se han mencionado.

No hay, pues, inexequibilidad en el artículo 40 del Decreto en cuestión.

El artículo 41 dispone que la Sección de Provisiones se haga cargo de todas las existencias, deudas y acreencias que deje el antiguo Departamento de Provisiones, y que el Contralor General de la República prescriba los métodos que deben seguirse para hacer esa liquidación.

¿Qué clase de deudas y acreencias son éstas de que la Sección de Provisiones debe hacerse cargo, y cómo ha de verificar ella su liquidación?

Para el demandante son materia de tales deudas las provenientes de pedidos y suministros que el Departamento no alcanzó a pagar, y son materia de las acreencias las provenientes de suministros a los Ministerios y que no alcanzaron a cobrarse por falta de tiempo, de apropiación de fondos, y también acreencias particulares. Ello puede ser así, pues no se ve la razón para que sea de otro modo; pero a juicio del demandante, ya se trate de deudas o de acreencias, son del Gobierno; y entonces, el encargar de ellas a una entidad de Derecho público distinta de las establecidas por el constituyente y por el legislador, es violar—dice—el artículo 203 de la Constitución, que hace de cargo de la República, entre otras cosas, "los gastos del servicio público nacional," y el 31, que protege "los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas."

Pide, en consecuencia, que se declare la inexequibilidad del citado artículo 41 del Decreto; pero para ello le da un alcance que en realidad no tiene, pues la autonomía que por él se confiere a la Sección de Provisiones es muy relativa, y sólo puede girar dentro de la órbita correspondiente a las labores de contabilidad y precisión numérica de las acreencias y de las deudas.

Evidentemente es la Nación la entidad acreedora o deudora, conforme al artículo constitucional que se dice violado; pero para el efecto de fijar el monto de esos activos y pasivos, esto es, para verificar la liquidación respectiva, bien puede el Gobierno comisionar a la Sección que, por razón natural, viene a suceder al extinguido Departamento de Provisiones, liquidación que sirve de base para que por el órgano de las autoridades judiciales o administrativas, se inicien y sigan las diligencias conducentes a verificar esos pagos o a obtenerlos de los deudores, pudiendo aquélla hacer uso de medios coercitivos y de medidas fiscales que la Sección no tiene en su mano.

El artículo 41 impugnado no arrebata, pues, a la Nación la propiedad de esas acreencias, ni le quita la obligación de satisfacer esas deudas, sino que por el contrario, tiende a facilitarle tales operaciones, de suyo complejas y laboriosas; de suerte que el mencionado artículo del Decreto número 518 bis, es perfectamente exequible por ese aspecto.

Ahora, por el otro, o sea el de intervención de la Contraloría para prescribir los métodos que deban seguirse en la liquidación, tampoco encuentra la Corte fundadas la razones del demandante, encaminadas al mismo fin de la inexequibilidad.

En efecto: la intervención del Contralor en dichos asuntos, no se basa en la Ley 31 de 1931, sino en la 42 de 1923, "sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría," cuyo artículo 6º (vigente) atribuye a ésta todo lo relacionado con la contabilidad nacional, revisión de deudas y reclamaciones "de cualquier naturaleza, a cargo o a favor de la República, derivadas de la administración activa o pasiva del Tesoro Nacional, y en todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad, etc."

No es, pues, exótica ni inconstitucional la intervención del Contralor General de la República en la liquidación (operación de simple contabilidad) del Departamento de Provisiones, que dejó acreencias y deudas, no como entidad ésta de Derecho público, autónoma e independiente de la Nación misma (cosa inadmisible en el engranaje administrativo colombiano), sino como dependencia que hoy es de uno de los Ministerios del Despacho

Ejecutivo, y Agente del Gobierno en las operaciones que le fueron encomendadas.

Afirma el demandante que la intervención de la Contraloría en la liquidación del Departamento de Provisiones, no está facultada por la Ley 31 de 1931, ni en la Ley 42 de 1923, y que es violatoria de las prerrogativas del Poder Ejecutivo (artículo 120 de la Constitución). Para desvanecer este cargo, basta leer los textos legales respectivos y el constitucional mencionado.

Ya se ha visto que por la Ley 42 de 1923 sí está facultado el Contralor para intervenir en esas operaciones. Ahora, en cuanto a la Ley 31 de 1931, es cierto que el artículo 2º facultó al Gobierno y no al Contralor "para determinar la forma en que debía liquidarse el Departamento de Provisiones y atender a los contratos que tenía pendientes"; pero precisamente en uso de esa atribución, bien pudo el Gobierno buscar la colaboración de quien mejor capacitado está para prestarla acertadamente, y por ello encomendó al Director supremo de la contabilidad oficial, no ya la liquidación misma sino el señalamiento de métodos, cosa muy en armonía con los conocimientos y práctica que deben suponerse en este funcionario.

Comoquiera que no viola ningún precepto constitucional, no puede declararse inexequible el artículo 41 del Decreto expedido por el Gobierno en desarrollo de la Ley 31 de 1931.

Tacha el demandante de inconstitucional el artículo 2º de la mencionada Ley 31 de 1931, en cuanto faculta al Gobierno para que determine la forma en que debe liquidarse el Departamento de Provisiones y atender sus compromisos. Deliberadamente se dejó este asunto para estudiarlo entre los relativos al mencionado Decreto, como más armónico con él y especialmente con su artículo 41, que trata de la misma materia. Dice el actor a este respecto:

"La liquidación forzosamente impone un debe y un haber, un superávit y un déficit; superávit o déficit en que se beneficia el sucesor, en el primer caso, o con lo que puede causarse un perjuicio a los acreedores del Estado, en el segundo. El empleo de la palabra **liquidación,** si por otra parte inocente, puede tener sus trascendencias, no sólo sobre los derechos civiles de los acreedores, que podrían ver mermados sus créditos con un déficit, sino hasta para la naturaleza misma que debe atribuírse a la creación de estas organizaciones, de un modernismo francamente opuesto no solamente a las instituciones colombianas, sino del derecho universal; creaciones de tal independencia, que no tienen par en las mismas organizaciones de Kemmerer en el Ecuador, en Méjico, en Chile, en China, en Polonia y en los mismos Estados Unidos. Como coronación, pues, de esta parte de la demanda, pido respetuosamente un examen por el aspecto dicho, del artículo 2º de la Ley 31 de 1931, y la declaración correspondiente de inexequibilidad, con apoyo en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910."

Pero no dice en qué consiste, a su juicio, la inconstitucionalidad del artículo 2º, ni cita como violado por él precepto alguno de la Carta Fundamental; de modo que nada hay por resolver al respecto. El examen que pretende el demandante de dicho artículo 2º, sobre conceptos aislados y conjeturas de interpretaciones que pueden hacerse de este artículo, no cabe dentro de la misión que a la Corte Suprema señala el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, citado por el actor, y del cual no puede hacer uso la Corte para interpretar, explicar o criticar simplemente, sino para decidir a petición de parte sobre la exequibilidad o inexequibilidad de determinada ley o decreto en relación con determinado precepto constitucional, y por razones jurídicas que al efecto se aduzcan fundadamente. (Véase **Jurisprudencia de la Corte,** tomo III, número 2042, página 465).

En mérito de todas las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema, reunida en pleno, de acuerdo en parte con el dictamen del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **declara:**

1º Que no hay lugar a estimar ineficaz (por la forma en que está concebida su parte resolutiva), el fallo proferido por esta Suprema Corte con fecha nueve de agosto de mil novecientos veinticuatro, en la demanda del doctor Alberto Camacho Angarita, relativa a la Ley 42 de 1923, que creó el Departamento de Contraloría.

2º Que no son inexequibles las disposiciones de dicha Ley 42 de 1923, acusadas ahora por el doctor Miguel Díaz Jiménez, que en grupos separados se clasifican en la demanda, y que con la misma separación se contemplan y analizan detalladamente en la parte motiva del presente fallo (por considerarlas no juzgadas en la sentencia antes dicha), a saber: **primer grupo,** que comprende los artículos 1º, 10, 27 a 31 y 75. **Segundo grupo,** comprensivo de los artículos 16, 49, 52 y 73.

3º Que no son inexequibles los artículos 1º y 2º de la Ley 31 de 1931 (relativa a la nueva "Sección de Provisiones" y a la liquidación del extinguido "Departamento de Provisiones"), acusados en esta demanda.

4º Que no son inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 18, 25 (inciso 1º), 29; 37 (inciso 2º); 40 y 41 del Decreto número 518 bis de 1931 (dictado en desarrollo de la ya mencionada Ley 31 del mismo año y en ejercicio de las facultades especiales y de carácter extraordinario, conferidas por medio de la Ley 3ª de 1930), artículos que han sido acusados de inconstitucionales por el mismo demandante Díaz Jiménez; y

5º Que no hay materia suficiente para un estudio de fondo en lo que se refiere a la inexequibilidad que en la demanda se les atribuye a los artículos 10, 12, 13, 15, 17, 20, 25 (inciso 2º), 26, 27, 30 a 34 y 39 del referido Decreto.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial,** envíese copia auténtica al señor Ministro de Gobierno y archívese el expediente.

PARMENIO CARDENAS—**Francisco Tafur A.—José Miguel Arango—Enrique A. Becerra—Carlos Arturo Díaz. Ignacio González Torres—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, junio once de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jenaro Cruz V.).

El doctor Pedro Sanz Mazuera, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, ha pedido a la Corte Suprema de Justicia, en escrito de veintidós de agosto de mil novecientos treinta y dos, que declare inexequible en todas sus partes, por

inconstitucional, el Decreto número 1310, de 29 de julio de 1932, "por el cual se aclara el sentido de algunas disposiciones y se fija su interpretación," expedido por el Poder Ejecutivo Nacional en virtud de la facultad especial que le confiere el artículo 21 de la Ley 41 de 1915 y de las extraordinarias concedidas en las Leyes 99 y 119 de 1931.

En caso de que no se decrete la inexequibilidad pedida, solicita el actor que se declare que el referido Decreto no rige sino desde la fecha de su promulgación, sin efecto retroactivo, como se ordena en él.

Los artículos constitucionales que considera violados por el Decreto son estos: 2º, 14, 31, 57, 58, 60; 76; 119 (numeral 4º) y 120.

Después de hacer una síntesis de la providencia ejecutiva expedida en reglamentación de la "Caja de Auxilios de la Policía Nacional," y de censurar la creencia en que han estado esta institución y el Gobierno Nacional de que la Ley 18 de 1928 derogó lo referente a un cuarto auxilio establecido por Decreto 1988 de 1927, creencia que, se dice, ha inducido a la referida Caja de Auxilios a negar las peticiones que se le han hecho por Agentes del Cuerpo de Policía sobre pago del referido cuarto auxilio, de modo que ha habido necesidad de acudir al Poder Judicial para obtener tal fallo, afirma el doctor Sanz Mazuera "que el Poder Ejecutivo Nacional, para evitar a la Caja los posibles fallos en su contra con que pueden terminar aquellos litigios, ha expedido el Decreto 1310, que es materia de esta demanda, y que, publicado en el **Diario Oficial** número 22051, de fecha tres del presente mes, acompaño.

"Por dicho Decreto, el Poder Ejecutivo, el Gobierno, se abroga facultades que en manera alguna le corresponden, y con las cuales viola, repito, no uno sino muchos de los principios cardinales consagrados en la Constitución Nacional. Entre esas facultades, indebidamente ejercidas, están las siguientes: la de interpretar la ley; la de invadir el campo reservado al ejercicio del Poder Judicial; la de violar derechos adquiridos justamente y conforme a las leyes; la de pretender dar carácter retroactivo a éstas; la de darse atribuciones que corresponden al Poder Legislativo, al hacer **obligatoria la interpretación** que se da en dicho Decreto a leyes anteriores; la de crear un fenómeno jurídico que no existe en la legislación colombiana, y que consiste en **aclarar el sentido** de leyes expedidas desde el año de mil novecientos veintiocho; la de consignar, en una palabra, tal cúmulo de desafueros contra la Constitución, que de mantenerse y observarse la vigencia del Decreto, se haría tabla rasa de la Carta Fundamental, y quedarían derogados los más nobles principios tutelares de las instituciones que nos rigen.

"En efecto: el artículo 4º del Decreto acusado dice:

'Los funcionarios **judiciales** o administrativos a quienes corresponda o haya correspondido el conocimiento de la demanda relativa al cuarto auxilio, **no darán curso a ésta, o suspenderán la tramitación** que se adelantare actualmente hasta que el demandante compruebe con un certificado.....' (Subrayo yo).

"Esta disposición atropella los artículos 57 y 60 de la Constitución, que consagran, respectivamente, la separación de los poderes públicos y el ejercicio separado de la actividad de cada uno, y determina cuáles son las entidades a quienes corresponde ejercer el Poder Judicial. ¿Cómo es posible que el Presidente de la República pueda dar órdenes por medio de decretos a las 'autoridades judiciales' para que cesen en el conocimiento de los juicios que ante ellas cursan y suspendan su tramitación? Esta determinación no la puede tomar ni la Corte Suprema respecto de un Juzgado Municipal, ni el mismo Congreso, porque de hacerlo, se violaría la jurisdicción de que están investidos los Jueces por delegación de la República, que es en quien reside la jurisdicción y en cuyo nombre es aplicada; y elevándose más alto, sería violar la misma soberanía nacional, ya que según el artículo 2º de la misma Constitución, la 'soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos.' Principio éste indestructible en todo tiempo, fundamento y base no solamente de la actual, sino de toda constitución que pueda promulgarse.

"El artículo 5º del mismo Decreto dice:

'Este Decreto, como **aclaratorio del sentido** de la Ley 18 de 1928 y de los Decretos 837 de 1930 y 825 de 1931, se entiende en vigor desde el día en que entró a regir la Ley 18 de 1928, y la **interpretación** que se da en el presente a aquellas disposiciones es **obligatoria**.....'

"Esta disposición y la anterior citada (artículo 4º), no pueden ser más claramente violatorias de los siguientes textos constitucionales: el 31, que dispone que los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores; el 58, que dice: 'La facultad de hacer leyes reside en el Congreso'; el 76, que preceptúa: 'Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: 1º, interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes; .....'; el 80, que ordena que las leyes sobre materia civil y procedimiento judicial no pueden ser modificadas sino en virtud de proyectos presentados por las Comisiones permanentes especiales de una y otra Cámara o por los Ministros del Despacho; y el 119, numeral 4º, que establece cuáles son las relaciones entre el Presidente de la República y el Poder Judicial, entre las cuales se encuentra la atribución conferida al Presidente de **'velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia, prestando a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias.'**

"En el caso de los artículos 4º y 5º del Decreto acusado no se vela por la administración de justicia, sino que quiere impedirse; no se presta a los funcionarios judiciales los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias, sino que se les veda hacerlo, se les ordena que dejen de cumplir con su deber; se quiere hacer retroactivo el efecto de la ley, y se pretende hacer obligatoria la interpretación irregular que pretende darse a la ley, todo para poder colmar el deseo inconfesable de echar por tierra las acciones judiciales que, en uso de legítimos derechos, han intentado contra la Caja de Auxilios de la Policía los empleados de ésta, a quienes les han sido negados los reintegros que, con el nombre de auxilios, les corresponden.

"El Decreto acusado es inconstitucional, no solamente en sus disposiciones analizadas (artículos 4º y 5º), sino en toda su integridad, ya que la tacha de los dos mencionados artículos cobijan todas las disposiciones de aquél, desde luégo que a todas ellas se les da efecto

retroactivo, que todas ellas son interpretativas de la ley, que todas están animadas de un espíritu contrario a la Constitución. De manera que la declaratoria de inexequibilidad debe cobijar por igual todas las partes, aunque de manera especial los artículos 4º y 5º."

El Decreto de que se trata fue expedido por el Poder Ejecutivo "en ejercicio de la autorización especial que le confiere el artículo 21 de la Ley 41 de 1915 y de las facultades extraordinarias de que está investido en virtud de las Leyes 99 y 119 de 1931," y conviene por eso determinar previamente si tal Decreto tiene carácter legislativo o simplemente ejecutivo.

Las facultades extraordinarias invocadas por el Ejecutivo no pueden ser sino las de que trata el artículo 41 de la Ley 99 de 1931, facultades que la Ley 119 del mismo año prorrogó hasta el treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y dos.

El citado artículo 4º, en lo pertinente, está concebido en estos términos:

"De conformidad con lo dispuesto por el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país....."

Como el Decreto en cuestión dicta normas para el reconocimiento de auxilios y pensiones por parte de la Caja de Auxilios de la Policía Nacional a favor de los empleados en este ramo, no puede desconocerse que en él se trata de medidas de carácter fiscal, porque dicen relación con una función positiva del Estado, como es la de proteger económicamente a los servidores de la comunidad en una de las actividades administrativas del Gobierno, con fondos que no constituyen patrimonio privado alguno, sino que pertenecen a la Nación, aunque sean administrados con un fin determinado por una entidad que, si tiene personería jurídica, no ha perdido su carácter oficial, como que debe su origen, organización y subsistencia a los poderes públicos.

Pero el demandante afirma que si las medidas adoptadas con la nombrada Caja de Auxilios son de carácter fiscal, ellas no son de las que pudieran considerarse precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país," como indica el artículo 4º de la citada Ley 99 de 1931; porque se refiera al "arreglo u ordenación de cuestiones de derecho privado." Mas basta advertir que el legislador no señaló concretamente cuáles pudieran ser **esas indispensables medidas,** y como la crisis afectaba toda la existencia fiscal y económica del país, tales medidas tenían que ser de carácter general, unas, y otras para casos especiales que requerían remedios que no quedaban comprendidos en aquéllas, sin que por la especialidad del caso pudiese estimarse éste como extraño al bienestar general, dada la íntima conexión que existe, en el campo fiscal y económico, entre los diferentes y complejos problemas que un estado de crisis produce en un país.

Y apreciadas así las cosas, forzoso es concluír que el Decreto acusado sí tiene principalmente carácter legislativo.

Y como la demanda sobre inexequibilidad se refiere a todos los artículos del Decreto referido, la Corte debe analizar cada uno de tales artículos, a fin de determinar si violan preceptos constitucionales.

El 1º está concebido en estos términos:

"Los auxilios por tiempo de servicio que debe reconocer la Caja de Auxilios de la Policía Nacional, se concederán a los empleados que hayan servido por cinco, diez o quince años, y su cuantía será del doce, del veinte y del veinticinco por ciento, en su orden, según lo establecido en los artículos 1º del Decreto 837 de 1930 y 3º del Decreto 825 de 1931."

Como se ve, este precepto se limita a reconocer tres auxilios a favor de los empleados de la Policía Nacional: uno del 12 por 100 para los que hayan servido cinco años; otro del 20 por 100 para los que hayan servido diez años, y otro del 25 por 100 para los que hayan servido quince años, computando tales porcentajes de la manera indicada en los Decretos 837 de 1930 y 825 de 1931. Lo que quiere decir que el artículo 1º, que se comenta, no ha dispuesto algo nuevo o distinto de lo que disponían los Decretos últimamente citados, cuya exequibilidad no ha sido discutida, sin duda alguna por considerar que ellos caben dentro de la atribución conferida al Poder Ejecutivo, en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 41 de 1915, concebido en estos términos:

"..... 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."

Y si justamente en ejercicio de tal atribución, consagrada también en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, habría podido el Poder Ejecutivo determinar el reconocimiento de auxilios a favor de los empleados de la Policía Nacional, en la forma indicada en el artículo 1º del Decreto 1310 de 1932, con mayor razón estando investido de facultades de legislador. Y por eso no es inexequible el referido artículo.

El artículo 2º del Decreto acusado reza lo siguiente:

"Aclárase que la pensión vitalicia a que se refiere el artículo 7º de la Ley 18 de 1928 y el artículo 3º del Decreto 837 de 1930, reemplaza el cuarto auxilio, que se concedía por veinte años de servicio, y que, por tanto, nadie puede alegar derecho a estos dos auxilios, pero quienes se crean con derecho al cuarto auxilio, podrán optar entre éste y la pensión.

"La pensión vitalicia seguirá concediéndose a quienes no hayan obtenido cuarto auxilio, o a quienes, habiéndolo obtenido, lo hayan reintegrado a la Caja de Auxilios y hayan servido por veinte o más años en la Policía Nacional, y su cuantía será del 50 por 100 del mayor sueldo que se haya devengado en un período no menor de un año."

Se trata, pues, en él, de una cuestión que por virtud de existir varias disposiciones legales sobre ella, requiere una determinación clara, que no la haga dudosa. Y así, lo único nuevo que contiene el citado artículo 2º es la opción que establece para cobrar: o el cuarto auxilio o la pensión, y esto y la aclaración referente a la pensión y al cuarto auxilio, son atribuciones del legislador, que son precisamente de las que quedó investido el Gobierno por la Ley 99 de 1931. Luego éste no ha usurpado las facultades del Congreso. Además, la disposición analizada armoniza con el espíritu de la legislación del país en materia de pensiones, que no las concede del mismo Tesoro a quienes hayan obtenido otras recompensas por los mismos servicios.

En resumen: el referido artículo 2º tampoco es inconstitucional, y no hay razón, por lo tanto, para declararlo inexequible, pues no viola el artículo 76 de la Constitución Nacional.

El artículo 3º del Decreto es del tenor siguiente:

"Se entiende caducado el derecho al cuarto auxilio, si se hubiere obtenido o demandado el reconocimiento de la pensión vitalicia y viceversa. Si una vez obtenida la pensión vitalicia se demandare el valor del cuarto auxilio, para que prospere la demanda judicial o administrativa que a éste se refiera, deberá reintegrarse en la Habilitación de la Policía Nacional el valor total de las cantidades recibidas por razón de la pensión devengada hasta el día en que se hace la solicitud."

Basta su lectura para comprender que su verdadero alcance no es otro que reglamentar la opción que señala el artículo 2º del Decreto. Y si, como se ha dicho, tal opción no es inconstitucional, mal puede serlo la disposición reglamentaria de ella.

Y el hecho de que en el inciso 2º se señale algún requisito para que prospere ante el Poder Judicial o el Administrativo la demanda sobre el cuarto auxilio, no es más que una lógica consecuencia de la opción concedida al beneficiario.

Tampoco es, pues, inexequible este artículo.

El artículo 4º dice:

"Los funcionarios judiciales o administrativos a quienes corresponda o haya correspondido el conocimiento de la demanda relativa al cuarto auxilio, no darán curso a ésta o suspenderán la tramitación que se adelantare actualmente, hasta que el demandante compruebe con un certificado de la Habilitación de la Policía que no ha obtenido el reconocimiento de la pensión, o que reintegró las cantidades por ella devengadas, en su caso."

Se establece en este artículo un requisito para darle curso a una demanda sobre reconocimiento del cuarto auxilio.

Considera la Corte que, facultado el Gobieno por la Ley 99 de 1931 para dictar medidas de carácter fiscal, así como pudo ordenar el reconocimiento del cuarto auxilio para los servidores en ese ramo, como lo estableció en el artículo 5º del Decreto 1988 de 1927, y pudiendo, como ha podido, según queda dicho, determinar cuándo existe el derecho a la jubilación de que habla el artículo 7º de la Ley 18 de 1928, bien puede también establecer reglas, cuandoquiera que, judicial o administrativamente, se pretenda hacer efectivo el derecho al referido cuarto auxilio, que es lo equivalente a la pensión vitalicia. Porque si está dentro de sus facultades lo relativo al reconocimiento de aquel derecho, con mayor razón está lo que sólo atañe a requisitos para su efectividad.

Y con la exigencia de tales requisitos no excede las facultades que le fueron concedidas; puesto que es en virtud de éstas como el Ejecutivo ha reglamentado la manera de proceder en el reclamo del auxilio.

Ni se le impide tampoco al Poder Judicial que falle sobre cuestiones sometidas a su jurisdicción, sino que se exige a quien pretenda obtener el reconocimiento de un derecho una formalidad que facilita el estudio y decisión de ella.

No se viola, pues, la Constitución con lo dispuesto en el artículo 4º,

El artículo 5º estatuye esto:

"Este Decreto, como aclaratorio del sentido de la Ley 18 de 1928 y de los Decretos 837 de 1930 y 825 de 1931, se entiende en vigor desde el día en que entró a regir la Ley 18 de 1928, y la interpretación que se da en el presente a aquellas disposiciones es obligatoria, quedando a salvo los derechos reconocidos por sentencia ejecutoriada que haya hecho tránsito a cosa juzgada o por resolución administrativa que haya comenzado a cumplirse."

Del estudio que precede se concluye que, aun tratándose de aclarar el sentido de una ley y de establecer la interpretación de disposiciones antagónicas, el Ejecutivo tenía facultad para ello, porque obraba como legislador. Y en este orden de ideas, la retroactividad sólo entraña el reconocimiento actual de una situación que existía sin orden lógico. Y por este aspecto ninguna anomalía constituye la disposición que se analiza. Tanto menos cuanto que deja "a salvo los derechos reconocidos por sentencia ejecutoriada que hayan hecho tránsito a cosa juzgada o por resolución administrativa que haya comenzado a cumplirse.'

En otros términos: el artículo 5º respeta hasta los errores en que se hubiere incurrido antes del Decreto de cuya inconstitucionalidad se trata.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, reunida en pleno, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es inconstitucional el Decreto 1310 de 1932, "por el cual se aclara el sentido de varias disposiciones y se fija su interpretación," expedido por el Poder Ejecutivo, y en consecuencia, no es inexequible en ninguna de sus partes.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial**, envíese copia al Ministro de Gobierno y archívese.

ENRIQUE A. BECERRA—**José Miguel Arango—Jenaro Cruz V.—Remigio González G.—Ignacio González Torres. José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti. Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper**, Secretario.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

La Ley 41 de 1915, que autorizó al Gobierno para organizar y reglamentar la Caja de Gratificaciones y Recompensas de la Policía Nacional, no fue una ley de facultades extraordinarias, fue una ley de carácter ordinario. En virtud de ella el Gobierno dictó el Decreto número 1988 de 1927, por el cual le concedió a la Caja el carácter de persona jurídica, y concedió cuatro auxilios a los empleados que hubieran servido por cinco, diez, quince y veinte años.

La Ley 18 de 1928 estableció en el artículo 7º:

"Desde la sanción de la presente Ley, el tiempo requerido para obtener jubilación los miembros de la Policía Nacional, será de veinte años o más, y el valor de la pensión mensual correspondiente, será del cincuenta por ciento (50 por 100) del mayor sueldo mensual que hayan tenido durante sus servicios en dicho Cuerpo, y durante un término no menor de un año,"

Ahora, el Ejecutivo diciendo que obraba en ejercicio de la autorización especial que le confiere la Ley 41 de 1915 y de las extraordinarias que le confieren las 99 y 119 de 1931, dictó el Decreto número 1310 de 1932, por medio del cual, y con carácter retroactivo, aclara el artículo 7º de la Ley 18 de 1928 y el artículo 3º del Decreto 837 de 1920, en el sentido de que la pensión vitalicia reemplazó al cuarto auxilio de que hablaba el Decreto 1988 de 1927, y que los Jueces no darían curso a las demandas relativas al cuarto auxilio, sino mediante un certificado en que conste que no han recibido pensión o que la han reintegrado.

Considero que el Decreto acusado no tiene carácter legislativo, si se apoya en las facultades concedidas al Gobierno por la Ley 41 de 1915, porque esa Ley sólo concedió facultades ordinarias al Gobierno, y por eso los decretos dictados en uso de ellas, apenas son ejecutivos.

La Ley 99 de 1931, invocada por el Gobierno, lo invistió de facultades extraordinarias, por su artículo 4º, para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país; pero bien se comprende, sin que haya que hacer esfuerzo alguno de razonamiento, que decretar que una ley deba interpretarse en tal o cual sentido, y ordenar a los Jueces que se ajusten en el ejercicio de sus funciones a determinadas disposiciones de carácter retroactivo, no son medidas que puedan conjurar una crisis económica y fiscal.

Pero se arguye que con esas medidas se impide que se disponga de dineros públicos, lo cual contribuye a solventar la situación económica y fiscal, pero a eso se contesta que esos dineros no son del Estado, sino de una entidad que tiene personería jurídica, dineros que hacen parte del patrimonio de esa persona jurídica, patrimonio tan sagrado y digno de respeto y protección como el de cualquier particular.

Aquí se va notando lo peligroso para los derechos individuales y las garantías sociales, de investir al Ejecutivo de facultades extraordinarias sin detallarlas, sino sólo especificando la materia sobre que esas facultades han de ejercitarse, pues queda a juicio del Gobierno apreciar si las medidas que tome, sirven o nó, son o nó precisamente indispensables para conjurar la crisis.

Si el Ejecutivo considera que ordenar a los Jueces que en los negocios sometidos a su jurisdicción apliquen la ley en determinado sentido, son medidas indispensables para conjurar una crisis difícil, por no decir imposible, le queda a la Corte declarar esas medidas inexequibles. El agua viene turbia desde su fuente.

Considero, en suma, que son inexequibles los artículos 2º, 4º y 5º del Decreto acusado.

Bogotá, junio once de mil novecientos treinta y cuatro.

José Miguel Arango

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Ignacio González Torres en el fallo anterior.

Salvo mi voto en el anterior fallo, en los siguientes términos:

Gravísimos errores se le pueden anotar al Decreto acusado:

1º En el preámbulo dice el Gobierno que lo expide como legislativo y como ejecutivo, cosas antitéticas.

2º Expedido como ley, sobrepasa la delegación dada en las Leyes 99 y 119 de 1931.

3º Expedido como ejecutivo, tampoco halla justificación en la Ley a que se remite (Ley 41 de 1915), la cual, en primer lugar, ya produjo sus efectos, y en segundo lugar, se refiere a unas Cajas extinguidas tiempo há.

4º Como ejecutivo, el Decreto tiende a modificar leyes, cosa inusitada.

5º En el mismo carácter, además, inmiscuírse en cuestiones del resorte exclusivo de una persona jurídica, y vulnerar los derechos y las obligaciones de la misma persona jurídica, es cosa cuando menos bien extraña.

Desarrollaré brevemente los puntos enunciados:

1º Dice el Gobierno que expidió el Decreto "en ejercicio de la autorización especial que le confiere el artículo 21 de la Ley 41 de 1915 y de las facultades extraordinarias de que está investido en virtud de las Leyes 99 y 119 de 1931."

La primera de esas Leyes, "por la cual se organiza la Policía Nacional y se le señalan sus atribuciones," en el artículo 21 dijo:

"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."

La Ley 99 de 1931, que invistió al Poder Ejecutivo de la facultad legislativa, de acuerdo con el ordinal 10 del artícuo 76 de la Constitución, precisó esas facultades así:

"a) Para restringir la importación de mercancías extranjeras; y

"b) Para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país."

Por la primera ley se le confieren al Gobierno facultades meramente ejecutivas, que no eran necesarias porque las tenía, según el artículo 120 de la Carta.

Por la segunda, se le dieron las autorizaciones extraordinarias a que se refiere el artículo 76 del Estatuto Nacional.

Tanto de las unas como de las otras usó el Presidente, sin ninguna distinción, pero infringiendo el orden constitucional y los principios científicos.

Dictar un decreto como ejecutivo y como legislativo al propio tiempo, es absurdo, porque para lo primero no necesita de que se le revista de facultades extraordinarias, en tanto que para lo segundo sí, y ya se sabe que el Presidente de la República en este último caso tiene que obrar precisamente dentro de las facultades que se le conceden, muy distintas por cierto de la facultad constitucional ordinaria del numeral 3º del artículo 120. De suerte que si se consideraba que era el caso de ejercer simplemente la potestad reglamentaria, bien hubiera podido hacerse separadamente, pero no en un mismo decreto.

Y aunque el Presidente de la República procediera a expedir un ordenamiento en ejercicio simultáneo de las autorizaciones extraordinarias y de sus facultades ejecutivas, tal acto constituye una ley, desde luégo que las disposiciones adoptadas como meramente ejecutivas se elevarán a la categoría legislativa, porque al ejercer el

Presidente la autorización, deja de ser Poder Ejecutivo y se convierte en Poder Legislativo.

2º El Decreto no encaja dentro de las autorizaciones extraordinarias indicadas en la Ley 99, señaladas en el punto anterior.

El fin del Decreto no es otro que determinar si los empleados de la Policía que hayan prestado servicios en veinte años tienen derecho a un cuarto auxilio a cargo de una persona jurídica de derecho privado, cual es la Caja de Auxilios, o no lo tienen.

Ni una ni otra cosa constituye una medida "para restringir la importación de mercancías extranjeras" o "para conjurar la crisis por que atraviesa el país," cosas que fueron el objeto propio de las facultades extraordinarias.

Admitir lo contrario es cosa que no satisface plenamente las exigencias de la razón.

3º Tampoco encaja el Decreto dentro de las facultades dadas al Ejecutivo por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 41 de 1915.

Dicho parágrafo dio al Presidente facultades ejecutivas para organizar y reglamentar unas Cajas que hasta entonces eran oficiales, y con ese carácter ya habían sido establecidas y organizadas por otros decretos anteriores.

1º Esas Cajas, después de la Ley 41, fueron reglamentadas por el Gobierno, y quedó así cumplido y extinguido el fin de la Ley.

2º Pero lo más grave es que por un acto, que tiene valor de ley, se extinguieron esas Cajas oficiales y se creó una entidad de orden privado, con personería jurídica.

La nueva entidad data del Decreto legislativo número 1988, de 7 de diciembre de 1927, "por el cual se establece y reglamenta la Caja de Auxilios de la Policía Nacional," concebido en estos términos:

"El Presidente de la República,

en uso de sus facultades extraordinarias concedidas por la Ley 51 de 1925,

"decreta:

"Artículo 1º Créase, con personería jurídica, la Caja de Auxilios de la Policía Nacional, que estará representada por el Director General de dicho Cuerpo.

"Artículo 2º Son bienes de la Caja los siguientes:

. . . . . .

"Artículo 3º Se declaran legitimados y con pleno valor jurídico todos los actos por los cuales se han arbitrado los bienes que forman hoy el capital de las Cajas de Recompensas, Auxilios Mutuos y Fondos Especiales de la Policía Nacional, bienes que pasan a la entidad denominada 'Caja de Auxilios de la Policía Nacional.'

. . . . . .

"Artículo 17. Las obligaciones que actualmente pesan sobre las Cajas de Recompensas y Fondos Especiales, serán satisfechas por la Caja de Auxilios creada por este Decreto."

Se deduce de aquí, sin lugar a duda, con claridad meridiana, que por ley dejaron de existir unas Cajas oficiales, cuyo patrimonio y obligaciones civiles pasaron a la persona jurídica de derecho privado y de nueva creación, llamada "Caja de Auxilios de la Policía Nacional."

Se deduce también que por sustracción de materia han dejado de existir las facultades dadas al Gobierno para organizar y reglamentar las extinguidas Cajas a que se refirió el parágrafo del artículo 21 de la Ley 41 de 1915.

Se deduce, por último, que es equivocado creer que hoy el Gobierno pueda legislar por medio de decretos meramente ejecutivos sobre lo que está creado y reglamentado por la misma ley.

4º El Gobierno no puede por medio de decretos ejecutivos, ni modificar las leyes, ni interpretarlas, ni aclararlas, como lo quiso hacer por el Decreto acusado.

De una vez por todas hay que conocer el alcance de la potestad reglamentaria:

Dice el artículo 120 de la Constitución:

"Corresponde al Presidente de la República:

. . . . . .

"3º Ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes."

Dice también el artículo 76:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes, por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"1º Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes."

No es necesario exponer los principios doctrinales aceptados sobre la potestad reglamentaria. Los textos transcritos fijan su alcance, y si ocurrieren dudas, las resuelven los artículos 25 y 26 del Código Civil, que dicen:

"Artículo 25. La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador."

"Artículo 26. Los Jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por **vía de doctrina,** en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses particulares.

"Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por **vía de doctrina.**"

Por tanto, cuando el Poder Ejecutivo trata de obtener el cumplimiento de las leyes, puede interpretarlas, pero sólo por la vía de doctrina, como cualquier ciudadano, pero jamás por vía de autoridad, lo que es facultad privativa del legislador, según el artículo 76 de la Carta.

Y como el Gobierno dictó el Decreto acusado "por el cual se aclara el sentido de algunas disposiciones y se fija su interpretación," como las disposiciones a que se refiere tienen el carácter de leyes, se sigue que el Gobierno se llevó de calle la Constitución.

5º Como se vio ya, la Caja de Auxilios es una persona jurídica de derecho privado, creada por un decreto que tiene fuerza de ley. En tales circunstancias, las medidas dictadas por el Ejecutivo como tendientes a solventar la situación económica y fiscal, no pueden referirse a dineros del Estado, porque no son de éste en realidad, sino que, por lo mismo, hacen parte de su patrimonio, el cual—como muy bien lo dice el señor Magistrado doctor Arango en su salvamento de voto—"es tan sagrado y digno de respeto y protección como el de cualquier particular."

Por los motivos expuestos, estimo que son inexequibles los artículos 2º, 4º y 5º del Decreto acusado.

Bogotá, junio once de mil novecientos treinta y cuatro.

Ignacio González Torres

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

El Gobierno expidió el Decreto número 1310, de 29 de julio de 1932, declarando que lo hacía "en ejercicio de la autoridad especial que le confiere el artículo 21 de la Ley 41 de 1915, y de las facultades extraordinarias de que está investido en virtud de las Leyes 99 y 119 de 1931."

Ese Decreto fue acusado de inconstitucional, y la mayoría de la Corte, para decidir sobre el particular, prescinde de la referida declaración, que fija, sin lugar a duda, cuáles fueron el pensamiento y el propósito del Gobierno al expedir ese Decreto. Para ello plantea, como cuestión previa, la de saber "si tal Decreto tiene carácter legislativo o simplemente ejecutivo," lo que demuestra claramente que, en concepto de la mayoría de la Corte, el Decreto acusado no puede ser a la vez ejecutivo y legislativo, esto es, que no pudo dictarlo el Gobierno tal como lo dictó, ejerciendo conjuntamente la autorización especial y las facultades extraordinarias de que se hace mención.

Expuestas en la sentencia algunas razones para dilucidar la cuestión propuesta, termina diciendo que "forzoso es concluír que el Decreto acusado sí tiene principalmente carácter legislativo."

La voz "principalmente," introducida al optar por una de las dos proposiciones del dilema planteado, acusa incertidumbre en el concepto, y, o no se decide la cuestión, o es una palabra inútil que en nada atenúa el concepto rotundo, de que el citado Decreto no es ejecutivo, sino puramente legislativo.

Así, pues, siendo éste el concepto que sirve de fundamento al fallo, a él debe concretar los reparos que motivan mi salvamento de voto:

La Ley 99 de 1931, en su artículo 4º, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias "para todas las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país," y la mayoría de la Corte trata de demostrar que el Decreto acusado sí encaja dentro de las facultades extraordinarias, argumentando de este modo: que "como el Decreto en cuestión dicta normas para el reconocimiento de auxilios y pensiones por parte de la Caja de Auxilios de la Policía Nacional a favor de los empleados de este ramo, no se puede desconocer que en él se trata de medidas de carácter fiscal, porque dicen relación con una función positiva del Estado, como es la de proteger económicamente a los servidores de la comunidad en una de las actividades administrativas del Gobierno, con fondos que no constituyen patrimonio privado alguno, sino que pertenecen a la Nación, aunque sean administrados con un fin determinado por una entidad que, si tiene personería jurídica, no ha perdido su carácter oficial, como debe su origen, organización y subsistencia a los poderes públicos."

Esto me sugiere los reparos que paso a exponer:

Por medio del Decreto legislativo número 1988, de 7 de diciembre de 1927, el Presidente de la República dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º Créase, con personería jurídica, la Caja de Auxilios de la Policía Nacional, que estará representada por el Director General de dicho Cuerpo."

En el artículo 2º, dijo:

"Son **bienes de la Caja de Auxilios** (subrayo) los siguientes," y los enumeró.

Así, pues, la Caja de Auxilios de la Policía Nacional es un ente moral, creado por decreto del Gobierno, capaz de poseer, de ejercer derechos y de contraer obligaciones civiles, es una persona jurídica, y tiene, por consiguiente, su patrimonio particular, como lo demuestra el artículo 2º del citado Decreto legislativo número 1988, patrimonio que, aunque esté constituído en todo o en parte por bienes cedidos o adjudicados a ella por la Nación, no pertenece a ésta, como se afirma en la sentencia que precede, toda vez que si la Nación adjudica, dona o cede algún bien de su propiedad a una entidad con capacidad de adquirir y de ejercer derechos, como lo es la referida Caja de Auxilios, ésta se hace propietaria, y mal puede decirse, como se insinúa en la sentencia, que apenas adquiere la calidad de simple administradora con un fin determinado. Ahora: el hecho de que la Caja de Auxilios deba su origen y organización a los poderes públicos, y de que el Gobierno provea a su subsistencia, ya otorgándole auxilios pecuniarios, ya proveyendo lo conveniente en defensa o amparo de su patrimonio particular, no hace que tales providencias, cualesquiera que ellas sean, hayan de considerarse como medidas financieras precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país.

Para demostrar que el Decreto acusado está ajustado a las autorizaciones otorgadas al Presidente de la República por el artículo 4º de la Ley 99 de 1931, dice la mayoría de la Corte que "no puede desconocerse que en él se trata de medidas de carácter fiscal, porque dicen relación con una función positiva del Estado, como es la de proteger económicamente a los servidores de la comunidad en una de las actividades administrativas del Gobierno"; pero en ninguna parte de la sentencia se halla la demostración de que esas "medidas de carácter fiscal" son o eran "precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país."

El demandante ataca por este aspecto la constitucionalidad del mencionado Decreto, y en la sentencia se le contesta que "basta advertir que el legislador no señaló concretamente cuáles pudieran ser **esas indispensables medidas**, y como la crisis afectaba toda la existencia fiscal y económica del país, tales medidas tenían que ser de carácter general unas, y otras para casos especiales, que requerían remedios que no quedaban comprendidos en aquéllas, sin que por la especialidad del caso pudiese estimarse esto como extraño al bienestar general, dada la íntima conexión que existe en el campo fiscal y económico entre los diferentes y complejos problemas que el estado de crisis produce en el país."

Estas razones pueden servir para justificar la forma con que el Congreso revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, sin detallarlas, por medio del artículo 4º de la Ley 99 de 1931, razones que por motivos de alta conveniencia para el Estado, obraron en el ánimo de la Corte para aceptar como ajustado a las exigencias del ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución, la providencia que consagra dicho artículo 4º, fundándose en que en ella está precisada la materia a que debe contraerse el ejercicio de tales facultades; pero en manera alguna se alcanza a demostrar con aquellas razones que el Decreto acusado corresponde a los precisos

términos en que están conferidas las referidas facultades extraordinarias.

Ya que la Corte ha aceptado como ajustada a la Constitución la forma global en que fueron conferidas las autorizaciones a que vengo refiriéndome, considero que eso mismo la obliga a ser más celosamente estricta en el examen que en cada caso particular tenga que hacer de la manera como el Gobierno ha ejercido las referidas autorizaciones, siempre que ante ella se demande la inexequibilidad de algunas de las medidas adoptadas, sea en lo referente a la materia, si realmente es de carácter fiscal o económico, o sea en cuanto a saber si el fin o intento de tal medida está o estuvo notoriamente encaminado a remediar la crisis por que atraviesa el país.

Tan noble y sagrada es la misión que el constituyente ha conferido a la Corte por medio del artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, al confiarle la guardia de la integridad de la Constitución, que nunca será tachado de excesivo todo el empeño que ponga esta corporación en corresponder a esa alta confianza con lujo de austeridad, rectitud, claridad y precisión en los fundamentos de sus decisiones.

En mi concepto son inexequibles los artículos 2º, 4º y 5º del Decreto acusado, y como la sentencia no lo declara así, cumplo el deber de salvar mi voto.

Bogotá, junio once de mil novecientos treinta y cuatro.

Germán B. Jiménez

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan E. Martínez.

El Decreto acusado fue expedido en ejercicio de la autorización dada al Poder Ejecutivo por el artículo 21 de la Ley 41 de 1915 y de las facultades extraordinarias de que invistieron al Presidente de la República las Leyes 99 y 119 de 1931, y su objeto principal es aclarar el sentido del artículo 7º de la Ley 18 de 1928, o fijar su interpretación.

Dicha interpretación no puede tener apoyo, por razones obvias, en la autorización ordinaria del citado artículo 21 de la Ley 41.

El artículo 4º de la Ley 99 de 1931 revistió al señor Presidente de facultades extraordinarias, con el fin de tomar las medidas financieras y económicas que fueran precisamente indispensables "para conjurar la crisis por que atraviesa el país."

Considero que la duda que se presentó desde la expedición de la Ley 18 de 1928, acerca de si la jubilación a que se refiere el artículo 7º reemplazaba o nó al cuarto auxilio que por obra de otras disposiciones se concedía a los miembros de la Policía Nacional, es extraña a la situación de crisis general que contempló el Congreso de 1931. Esa duda, de sencilla solución, pudo haber sido despejada por el legislador en sus sesiones de 1929, 1930 y 1931, sin que hubiera motivo para convertirla en materia propia de unas facultades extraordinarias, procedentes sólo en casos de grave necesidad o conveniencia pública.

Conceptúo, pues, que la interpretación de la Ley 18 de 1928 no se halla virtualmente facultada por las Leyes 99 y 119 de 1931.

En una sentencia anterior manifestó la Corte que es cuestión de hecho el apreciar si determinada medida del Gobierno se amolda a la ley de facultades extraordinarias en que dice fundarse. Por esto, aunque voté afirmativamente el fallo que decidió sobre la exequibilidad de las mencionadas Leyes 99 y 119, en el caso particular de ahora, aplicado a mi criterio, he llegado a la conclusión que acabo de enunciar.

Y como corresponde al Congreso, según el ordinal 1º del artículo 76 de la Constitución, interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes, reputo insostenibles, a la luz de este artículo, los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto acusado, sobremanera serios los dos últimos, porque le ordena al Poder Judicial que suspenda el curso de unos juicios mientras no se aduzcan ciertas pruebas, y que los falle con arreglo a una pauta obligante.

Bogotá, junio once de mil novecientos treinta y cuatro.

Juan E. Martínez

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Trujillo Arroyo.

El suscrito adhiere en un todo al salvamento formulado inextenso por el Magistrado doctor Ignacio González Torres, y en consecuencia, salva igualmente su propio voto, llegando a las mismas conclusiones con que termina, es decir, estimando como inexequibles los artículos 2º, 4º y 5º del Decreto acusado.

Bogotá, once de junio de mil novecientos treinta y cuatro.

Juan C. Trujillo Arroyo

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil (en pleno)—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos treinta y dos.

Los señores Carlos Mejía G. y Jesús A. Vásquez demandaron a los esposos señores Andrés Hurtado A. y Concepción Duque, para obtener las siguientes declaraciones en sentencia definitiva:

"**a)** Que pertenece en propiedad a la sucesión doble de Andrés Hurtado (padre) y María Antonia Arias, o a sus legítimos herederos y sus representantes, por motivo de subrogaciones, un solar ubicado en el área de esta población, en la manzana número nueve, de diez y ocho varas de frente a la carrera novena **(Cutucumay)**, por cincuenta de centro hacia el Norte, alinderado así:

'Por el frente o Sur, la carrera novena; por el Occidente, con casa y solar de Emilio Mejía O.; por el Norte, con propiedad de Francisco Mejía B., y por el Oriente, con la calle diez y siete (antes **Corral**).'

"**b)** Que el suscrito Jesús Antonio Vásquez, en virtud de la compra que hizo a los herederos Pedro N., Claudina y Mercedes Hurtado y por causa de la subrogación decretada en su favor en la sucesión de los finados Andrés Hurtado (padre) y María Antonia Arias, es dueño de los derechos herenciales en el solar alinderado que a los vendedores Hurtado correspondían como herederos del citado Andrés Hurtado (padre).

"**c)** Que el suscrito Carlos Mejía G., en virtud de una compra que hizo a Carlos Arenas, de la que éste hizo a los herederos José Antonio, Belisa y Mercedes Hurtado y por causa de la subrogación decretada en su favor en la sucesión dicha, es dueño de los derechos herenciales en el solar alinderado que a los vendedores Hurtados

correspondian como herederos de los citados Hurtado y Arias, pero sólo la mitad de tales derechos.

"**d)** Que los demandados Andrés Hurtado A. y Concepción Duque de Hurtado están en la obligación de restituírnos, en el término legal, las cuotas partes que en el solar alinderado nos corresponden, según los dos anteriores pedimentos, como subrogados en los derechos de los herederos nombrados, en la proporción correspondiente, en la doble sucesión de Andrés Hurtado (padre) y María Antonia Arias y en concurrencia con el demandado Andrés Hurtado A. y los descendientes de la heredera Rosa o Rosaura Hurtado de Duque.

"**e)** Que se lleve a cabo, en la forma legal, entre los coasignatarios o interesados y en su carácter de comuneros, la división en porciones o partes materiales, del solar alinderado de que trata este litigio, y se entregue a cada uno lo que le corresponda.

"**f)** Que como consecuencia de las anteriores declaratorias o resoluciones, es ineficaz, nulo y sin ningún efecto legal, el acto celebrado de que se dejó constancia en la escritura número 582, de fecha seis de julio de mil novecientos doce, otorgada en la Notaría de este Circuito, por la cual Mercedes Hurtado declaró que donaba a Concepción Duque de Hurtado el solar materia de este pleito, con la cabida y linderos que esa escritura expresa; y que la demandada Concepción Duque de Hurtado no adquirió dominio sobre ese solar, dominio que sólo corresponde a los legítimos herederos de Hurtado (padre) y la Arias y a las personas que en los respectivos derechos están subrogadas; y

"**g)** Que los demandados deben pagarnos costas, si sostienen esta acción."

Como hechos fundamentales se indicaron éstos:

"1º Conforme a la escritura número 84, del tres de agosto de mil ochocientos setenta y cuatro, otorgada en la Notaría de Pereira, Andrés Hurtado (padre), quien en en ese entonces ya era casado con María Antonia Arias, en permuta con Pedro Rincón Hernández y Antonio María Rincón hubo un lote de terreno en esta ciudad, por la calle principal del comercio, como lo dice la escritura, a la segunda cuadra de la plaza pública, que constaba de catorce varas de largo, con casa pajiza y un solar anexo, de veintisiete varas y media de frente y cien varas de centro, que se alinderó así:

'Por el Oriente, con la casa y solar de Lázaro Arango y con la calle transversal de por medio, frente al solar de Emilia Terán; por el Norte, con la calle principal de por medio y las casas de Vicente López y Mariano Carvajal; por el Occidente, con casa y solar de Antonio Ramírez, y por el Sur, con la calle de por medio, frente al solar y casa de Martín Torres.'

"2º El solar materia de este pleito, que en la parte petitoria se dejó alinderado, hace parte del inmueble adquirido por Hurtado (padre), según la escritura número 84 citada, y se encuentra dentro de los linderos copiados en el número anterior.

"3º Andrés Hurtado (padre) poseyó y ocupó durante muchos años el lote de terreno adquirido y de que da cuenta el hecho marcado con el número primero, del cual vendió algunas porciones a distintos individuos, pero conservó hasta su muerte, sin enajenar, el solar materia de este pleito, por sus linderos.

"4º Hurtado (padre) y María Antonia Arias ocuparon el solar materia de este juicio hasta que murieron y lo dejaron a sus legítimos herederos, que llevaron los nombres de José Antonio, Claudina, Pedro Nolasco, Belisa, Andrés, Mercedes y Rosa o Rasaura Hurtado, representada esta última por su descendencia legítima.

"5º En atención a las compras de nuestros derechos en el juicio de sucesión doble de los citados Hurtado (padre) y María Antonia Arias, nosotros fuimos reconocidos como subrogados en ellos.

"6º El juicio doble de la sucesión de los finados Andrés Hurtado (padre) y María Antonia Arias se declaró abierto en el Juzgado de este Circuito, y fueron declarados herederos legítimos los citados José Antonio, Pedro Nolasco, Claudina, Andrés, Belisa, Mercedes y Rosa o Rosaura Hurtado, representada esta última por su legítima descendencia.

"7º Se hizo inventario de bienes y se inventarió y avaluó el solar materia de la reivindicación, o mejor, materia de este juicio.

"8º Se pagaron los derechos del lazareto y los inventarios fueron aprobados.

"9º Andrés Hurtado (padre) vendió a Mercedes Hurtado, según consta en la escritura número 136, de fecha treinta de diciembre de mil novecientos ocho, otorgada en la Notaría de este Circuito, una casa con su correspondiente solar, de catorce varas de frente a la carrera de **Jorge Robledo**, por cien varas de centro hacia el Sur, en el área de esta población, y por los siguientes linderos:

'Por el frente o Norte, con la carrera citada; por el Oriente, con propiedad de Gilberto Hinestrosa; por el Sur, con la carrera de **Cutucumay**, y por el Occidente, con propiedad del citado Hinestrosa y Enrique Ochoa.'

"10. Este inmueble, que hace parte del que Hurtado (padre) hubo por la permuta con los Rincones, según escritura citada atrás, es el único que Mercedes Hurtado compró a dicho Hurtado.

"11. El solar vendido por Hurtado (padre) a Mercedes Hurtado, no es el que es materia de este pleito, ni en el todo ni en parte.

"12. A distintos individuos y por distintas escrituras, Mercedes Hurtado vendió la faja de solar de catorce varas de frente por cien de centro, comprada a su padre Andrés Hurtado (padre).

"13. Según la escritura número 582, de seis de julio de mil novecientos doce, Mercedes Hurtado dijo que a Concepción Duque le donaba el solar materia de este pleito, agregando que lo había habido por compra a Andrés Hurtado, lo que no es verdadero, pues ella no lo había comprado ni a su padre ni a nadie.

"14. Consta en el certificado expedido por el Registrador de instrumentos públicos de Pereira, que Mercedes Hurtado no hizo a Andrés Hurtado otra compra que la de que trata la escritura de mil novecientos ocho, ya citada.

"15. Una vez que Andrés Hurtado A. y Concepción Duque recibieron de Mercedes Hurtado la escritura de donación dicha, se ausentaron y se radicaron en Agua de Dios, como leproso el primero; y como Andrés Hurtado (padre) y María Antonia Arias murieron, el solar, que era una barranca, quedó completamente abandonado, hasta sin cercas ni cultivos, por varios años.

"16. Sólo cuando se adelantaba la sucesión de los finados Hurtado (padre) y Arias, en el año de mil novecientos veintitrés, Pedro Duque, recomendado o apoderado de Hurtado A. y la señora Duque, cercó ese solar y lo reclamó en el acto de la diligencia de inventarios, invocando el artículo 275 de la Ley 105 de 1890, por lo cual quedó en posesión.

"17: La señora Duque no adquirió ese solar ni tiene dominio de él, porque, si bien es claro, la venta de cosa ajena vale sin perjuicio de los derechos del dueño verdadero, no ocurre lo propio con la donación, que exige la condición de dueño de parte del donante, para poder donar (artículo 1443 del Código Civil); y

"18. Los herederos de Andrés Hurtado (padre) y María Antonia Arias, y los que en algunos derechos de la sucesión nos hemos subrogado, conservamos el dominio en el solar materia de este pleito y cuya división se impone, porque hoy se encuentra en comunidad, y nadie es obligado a permanecer en ella."

Los demandantes apoyaron el derecho "en las disposiciones de los artículos 947, 946, 949 y concordantes del Código Civil."

Admitió la demanda el señor Juez 1º del Circuito de Pereira y la corrió en traslado a los demandados, quienes la contestaron rechazando la acción y proponiendo las excepciones de petición antes de tiempo o de un modo indebido, prescripción y cosa juzgada.

El Juez pronunció sentencia el nueve de diciembre de mil novecientos veintiséis. En ella declaró probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, y absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

Apeló el apoderado de la parte actora y el Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos veintiocho, revocó la del Juez, y dispuso:

"Primero. Declárase no probadas las excepciones de **petición antes de tiempo o de un modo indebido, cosa juzgada y prescripción, propuesta por los demandados.**

"Segundo. Es nulo, de nulidad absoluta, el contrato o acto de donación constatado en la escritura pública número 582, de diez y seis de julio de mil novecientos doce, otorgada en la Notaría de Pereira, por el cual se dijo donar por la señorita Mercedes Hurtado, en favor de Concepción Duque de Hurtado, un solar ubicado en esta misma ciudad de Pereira, en cuanto por tal contrato se enajenaron derechos hereditarios pertenecientes a los demás coherederos en la sucesión doble de Andrés Hurtado y María Antonia Arias, siendo válido en cuanto al derecho que por título de herencia represente en tal inmueble la citada señorita Mercedes Hurtado.

"Tercero. Como consecuencia de la declaratoria anterior, se declara de propiedad de la sucesión doble de los finados Andrés Hurtado y María Antonia Arias, representada por sus legítimos herederos y subrogatarios, el solar materia de este juicio, con una capacidad de diez y ocho varas de frente hacia la carrera novena, por cuarenta de centro hacia la calle diez y siete, y alinderado:

'Por el frente o Sur, la carrera novena; por el Occidente, con casa y solar de Emilio Mejía O.; por el Norte, con casa de los señores Enrique Ochoa y Camilo Botero, y por el Oriente, con la calle diez y siete.'

"Cuarto. Los señores Andrés Hurtado y doña Ascensión Duque de Hurtado, representada ésta por el primero, en su calidad de esposo legítimo, están en la obligación de restituír a la sucesión doble de Andrés Hurtado y María Antonia Arias, el solar de que se hizo referencia en el numeral anterior, lo que tendrá lugar tres días después de ejecutoriado este fallo.

"Quinto. No hay lugar a hacer las otras declaratorias solicitadas en el libelo de demanda."

La parte demandada interpuso recurso de casación, el cual se admite por hallarse en las condiciones legales.

Se aducen las causales primera, segunda y quinta del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, entonces vigente.

La quinta se hace consistir en que el Tribunal se abstuvo de resolver los postulados **b), c)** y **e)** de la parte petitoria de la demanda; pero la alegación es improcedente, porque el sentenciador no declaró que se abstenía de fallar y porque el punto quedaría contenido más bien en la causal segunda.

La causal segunda se apoya en que la sentencia no se ciñó a las normas planteadas en la demanda, sino que las alteró, cometiendo varias irregularidades, las que, sustancialmente, se refieren a la omisión del fallo acerca de las peticiones **b), c)** y **d),** o su tergiversación.

Empero, las mudanzas del fallo en orden a las peticiones del libelo, provienen de la manera como el sentenciador apreció las cuestiones jurídicas del debate, respecto de lo cual hay acusaciones por la primera causal. Sólo en el caso de ser procedentes tales acusaciones, podría desprenderse algún motivo referente a la segunda. Además, es dable sostener que el numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia contiene la decisión que echa menos el recurrente.

Para sustentar la causal primera, la extensa demanda de casación indica varios extremos.

Ante todo, se dice que el Tribunal, al considerar y fallar el pleito como si se tratara de donación de cosa ajena, no obstante lo alegado en la demanda sobre el particular, violó por omisión los artículos 768, 769, 780, 1888, 1889 y 1890 del Código Civil, que garantizaban a Mercedes Hurtado y a sus sucesores el dominio y la posesión del lote alinderado en la demanda.

Si a Mercedes Hurtado—arguye el recurrente—se le vendió el lote con relación a su cabida y la real fue mayor que la declarada, aquella señora adquirió el exceso en las condiciones que determina el citado artículo 1888, con la obligación de aumentar el precio, si el vendedor lo reclamaba en el plazo del artículo 1890, lo que nunca sucedió. Y si se le vendió un cuerpo cierto por haberse señalado linderos especiales y los linderos oriental y Sur, o sean los predios de Gilberto Hinestrosa y la carrera de **Cutucumay,** incluían en lo vendido, de modo evidente, el lote alindado en la demanda, es evidente, de acuerdo con el artículo 1889, por una parte, que no había lugar a aumento de precio, y por otra, que el vendedor estaba obligado a entregar, como entregó, todo lo que incluían esos linderos, al tenor del numeral 2º del mismo artículo 1889, habiendo, por lo demás, también prescrito el derecho a intentar cualquier reclamo, de conformidad con el artículo 1890.

Se observa:

La que Andrés Hurtado le vendió a Mercedes del mismo apellido, fue una casa con su correspondiente solar,

que mide catorce varas de frente en la carrera de **Jorge Robledo**, por cien varas de centro hacia el Sur, dentro del área de Pereira, y alindado así: por el frente o Norte, con la carrera citada; por el Oriente, con propiedad de Gilberto Espinosa; por el Sur, con la carrera de **Cutucumay**, y por el Occidente, con propiedad del citado Hinestrosa y de Enrique Ochoa. (Escritura número 1136, de treinta de diciembre de mil novecientos ocho, de la Notaría del Circuito de Pereira).

La aplicabilidad de los artículos 1888 y 1889 del Código Civil descansa sobre un supuesto de hecho, a saber: que en lo vendido por Andrés Hurtado a Mercedes quedó incluído, de modo evidente, el lote que es objeto de la demanda.

Pues bien: el Tribunal, apoyándose en la diligencia de inspección ocular practicada el cinco de septiembre de mil novecientos veintisiete, por los Magistrados del Tribunal de Manizales, que a la sazón conocían del negocio, llegó a la conclusión de que el solar que donó la señorita Hurtado a la señora Duque de Hurtado no está comprendido en el lote de que trata la susodicha escritura número 1136. Esta apreciación que el sentenciador hizo de la prueba de inspección, no ha sido impugnada por el recurrente, y, por tanto, no queda acreditado el supuesto de hecho de que acaba de hablarse. Luego es preciso mantener, a falta de prueba en contrario, que en la cabida a que se refiere la escritura número 1136 no quedó encerrado el lote que actualmente se reivindica, y que si la venta fue como de cuerpo cierto, no estaba el vendedor obligado a entregar dicho lote, por no estar abarcado por los linderos. De aquí que sea improcedente la acusación.

En segundo lugar se afirma que "al declarar el Tribunal nula, de nulidad absoluta, la donación de Mercedes Hurtado a Ascensión Duque de Hurtado, respecto del lote alindado en la demanda, sobre la base de que se trataba de una donación de cosa ajena, violó el mismo Tribunal los artículos 1523, 1524, 673, 740, 745, 765; 766; 752, 753, 1512 y 2529, todos del Código Civil."

Se observa:

El Tribunal razonó en el sentido de que es inválida la donación de la cosa ajena, y en la parte dispositiva del falló declaró absolutamente nula la que se hizo constar en la escritura número 582, de diez y seis de julio de mil novecientos doce, pasada en la Notaría de Pereira. A su turno, el recurrente hace una detenida argumentación para impugnar la tesis del sentenciador.

Por no alargar demasiado esta sentencia, no se transcribe esa argumentación; pero, en compendio, dice el recurrente que la donación es un contrato; que entre los modos de adquirir el dominio se halla la tradición, la cual requiere un título traslaticio, como la venta, la permuta, la donación; de donde se desprende que la donación como la venta, genera solamente la obligación que los jurisconsultos denominan **dare**, o sea traspasar la propiedad. Luego si la venta y la donación son apenas títulos para la tradición, la lógica lleva a la consecuencia de que la una y la otra, cuando se refieren a cosa ajena, son válidas, de acuerdo con la regla de derecho según la cual uno puede obligarse a hacer tradición o entrega de lo que no tiene, ya porque puede adquirirlo, ya porque tal es la lógica jurídica del sistema. Y ¿cómo puede hacer tradición de una cosa ajena quien no es dueño? Aquí vienen varias disposiciones, que confirman de modo cabal el sistema homogéneo, uniforme y estrictamente lógico de la ley colombiana sobre estos particulares: ellas son los artículos 752 y 753 del Código Civil.

"Pero hay más: desde el momento que la tradición a **non domino** da el derecho de ganar por prescripción el dominio de la cosa, conforme al artículo 753, es porque la misma ley, consecuente consigo misma, considera válido el título de donación de cosa ajena, ya que el artículo 765 lo reputa como título justo."

Se ve, pues, que la validez de la donación de cosa ajena, al igual de la venta, es la consecuencia del sistema especial adoptado por el derecho civil patrio, en lo tocante a los efectos o valor de la voluntad en un acto o contrato de esa naturaleza, en cuanto no produce sino obligaciones y genera la de entregar.

Por otra parte: del artículo 6º del Código que se viene citando, se deduce como principio general que todo acto de la vida civil es válido si no va contra expresa prohibición; y como no es dado citar ninguna disposición que sancione con la nulidad la donación de la cosa ajena, sería ir contra la evidencia misma el proclamar y sostener esa nulidad.

Ni se arguya—prosigue el señor apoderado—con la disposición incidental del artículo 1480 **ibídem**, según la cual las donaciones con causa onerosa no dan acción de saneamiento por evicción, sino cuando el donante ha dado una cosa ajena a sabiendas, una vez que semejante precepto párte de la validez de la donación de la cosa ajena: de lo contrario nada habría estatuido sobre evicción, esto es, si la donación fuera nula inicialmente.

Es ya vieja la disputa acerca de la validez o invalidez de la donación de cosa ajena, y conocidos son los argumentos que se aducen en ambos sentidos.

Como se tratase de establecer nueva doctrina, las dos Salas de Casación se reunieron a examinar la cuestión, y como sobre la manera de resolverla ocurriera empate, se sorteó Conjuez, con el voto del cual obtuvo mayoría la tesis que informa esta sentencia.

En el **Digesto** se encuentra el siguiente fragmento del jurisconsulto Paulo:

"Donatio dicta est a dono quasi doni datio."

Así como en Derecho Romano se dijo en un principio **venum datio**, se dijo también **donum datio**. Con la palabra **datio** se indicaba el modo llamado tradición; con la palabra **venum**, el título de venta (título oneroso), y con la palabra **donum**, el título de donación (título gratuito).

En ese entonces tanto la **venum datio** como la **donum datio** eran contratos reales y, por tanto, no se perfeccionaban sino con la entrega.

Como la entrega en ellos transmitía el dominio, síguese que sólo se podía vender y donar el bien propio, en virtud del principio **memo dat quod non habet.**

En aquella época del derecho, la donación estaba comprendida dentro de la tradición, y era un **modo** de adquirir el dominio.

Bajo Justiniano la donación vino a tener también el carácter de **contrato y título** para adquirir el dominio, y entonces la obligación que contrajo el donante fue la de **dar** una cosa al donatario a título gratuito.

En los códigos posteriores que se relacionan más o menos íntimamente con el Derecho Romano, en unos se conservó la donación como modo; y en otros, tan pronto tiene el carácter de título como el de modo.

En el antiguo Derecho español y en el Derecho francés, la donación era un modo, y, por tanto, en ellos debe admitirse el principio de que la cosa ajena no puede donarse.

En el Código chileno y en el nuestro, la donación tiene caracteres de contrato y de modo. En la definición del artículo 1443 y en la regla del artículo 1455, que establece que "no hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento," verbigracia, se considera la donación-modo; por el contrario, el artículo 1469, y otros como el 745 y el 765, que equiparan por ciertos aspectos la venta y la donación, consideran a ésta última como un título o contrato.

Las dificultades para decidir si la donación de cosa ajena tiene o nó valor legal, y cuál sea dicho valor, provienen pricipalmente de que en nuestro Código se admite tanto la donación-modo como la donación-título o contrato, y ambas con el mismo nombre de **donación**: de suerte que pueden aducirse textos legales, tanto en favor de la una como de la otra tesis.

Para la Corte, los textos legales de donde se deduce que la donación de cosa ajena no tiene valor, son textos en que se trata de la donación-modo; los textos legales en favor de la afirmativa, se refieren a la donación-contrato.

La donación-título, es decir, el contrato de donación, puede, conforme a nuestro sistema legal, referirse a cosas ajenas, pues como por el contrato no se transmite el dominio y sólo contrae el donante una obligación de **dare** a título gratuito, el asunto de la donación de cosa ajena se resuelve en la misma forma que el asunto de la venta de la cosa ajena, es decir, que vale sin perjuicio de los derechos del dueño, y que el donante se obliga por el contrato a transmitir el dominio, para lo cual, verbigracia, podría adquirirlo del tercero; y si no cumple con tal obligación, la cuestión se resolverá en indemnización de perjuicios: igual en el contrato de venta y en el de donación, con la diferencia de que aquél es a título oneroso y éste a título gratuito.

La doctrina expuesta contesta los argumentos que alegan los partidarios de la tesis de que no puede donarse la cosa ajena. Se exponen algunos de ellos:

a) Que como el artículo 1455 del Código Civil establece que "no hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento.....," y que como la donación de cosa ajena no merma el patrimonio del donante, es lícito concluír que ella está condenada virtualmente por dicho texto.

Se contesta que tal disposición se refiere a la donación-modo, en la cual indudablemente para el donante hay disminución de patrimonio, ya que se trata de un título gratuito; pero tal disposción no puede referirse al contrato de donación, porque éste, como todo contrato, sólo origina obligaciones. El contrato de donación puede referirse a cosa ajena, porque para cumplir el donante la obligación de **dare** tiene que adquirir el bien, y si no cumple, se resuelve la obligación en indemnización de perjuicios, todo lo cual origina una disminución de patrimonio para el donante.

Por otra parte, si se entiende por donación en el artículo 1455 del Código Civil la entrega o tradición de una cosa, es evidente que para que exista y produzca el efecto de transmitir el dominio, debe versar sobre bien propio del donante, lo mismo que en la venta, pues en ésta la tradición a que se obliga el vendedor no transmitirá el dominio si el bien no es propio del vendedor. Pero ni en el contrato de venta de cosa ajena, ni en el contrato de donación de cosa ajena, la entrega subsiguiente es nula: lo que ocurre es que no es verdadera tradición, porque no transmite el dominio, será tan sólo una entrega de posesión, que no perjudica los derechos del verdadero dueño mientras no se extingan por el lapso de tiempo.

b) Que la venta de cosa ajena es un acto irregular y la ley tuvo que reconocerlo expresamente para hacerle producir determinados efectos. Que como no hizo lo mismo respecto de la donación, debe argüírse que la ley no admitió la posibilidad de donar la cosa ajena.

Se contesta que originando la venta en nuestro derecho tan sólo la obligación de **dare** en el vendedor, bien puede venderse lo ajeno, pues aquello se resuelve en que el vendedor adquiera el bien para que pueda cumplir, y de lo contrario, que indemnice los perjuicios. Si la ley no hubiera formulado el artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena seguiría en nuestro derecho siendo válida, de acuerdo con los principios. Si el legislador formuló dicha disposición, fue para no dejar dudas sobre el particular, en consideración a que en el Derecho chileno se le iba a dar al punto una solución distinta a la del antiguo Derecho español y a la del Derecho francés y teniendo en cuenta la importancia y frecuencia del contrato de compraventa; pero la solución, como se dijo, si no existiera tal disposición debería ser la misma que existiendo.

Para la Corte, la donación-contrato de cosa ajena produce los mismos efectos y tiene el mismo alcance, en general, que la venta de cosa ajena, y a dicha conclusión debe llegarse teniendo en cuenta los principios y el espíritu de nuestro Código.

c) Por definición, la donación entre vivos se refiere a bienes propios del donante.

Es cierto que así lo dice la definición, la cual fue tomada del Código francés, en que la donación es un modo que transmite el dominio. Entre nosotros, en que la donación puede ser simplemente un título, ha de concluírse que dicha definición únicamente puede aplicarse al caso que guarda relación con su origen, es decir, tratándose de la donación como un modo, o sea la tradición subsiguiente al contrato de donación.

En contra de la doctrina hasta aquí expuesta se encuentra el siguiente pasaje de la sentencia de segunda instancia, y que el recurrente acusa:

"De lo dicho deduce la Sala que en el acto o contrato a que se refiere esta sentencia hubo **objeto ilícito**, y, por lo mismo, el contrato, en cuanto por él se ataca la propiedad de terceros, es nulo."

El Tribunal estima que el contrato de donación de cosa ajena está prohibido por la ley y que por tal razón en tal contrato hay **objeto ilícito**, de acuerdo con el artículo 1523 del Código Civil.

El recurrente sostiene que dicha disposición fue indebidamente aplicada por el Tribunal en el caso del presente litigio, y como así lo estima la Corte, de acuerdo con lo expuesto, ha de concluírse que por dicha razón debe casarse la sentencia de que se trata en este recurso.

Encontrándose fundada dicha causal de casación, no es el caso de considerar las restantes que se han alegado (artículo 538 del Código Judicial), y procede, en consecuencia, dictar el fallo que debe sustituír al infirmado.

La acción promovida por los señores Carlos Mejía G. y Jesús Antonio Vásquez contra los esposos Andrés Hurtado A. y Concepción Duque de Hurtado, es reivindicatoria del solar ubicado en el área de la población de Pereira, en la manzana número nueve, que se deslinda en el libelo, y el cual los demandados poseen en virtud de la escritura número 582, del seis de julio de mil novecientos doce, otorgada ante el Notario del Circuito de Pereira, por la cual la señora Mercedes Hurtado declara que dona gratuita e irrevocablemente a la señora Ascensión Duque de Hurtado el solar a que se refiere el litigio.

La donante Mercedes Hurtado había comprado a don Andrés Hurtado, padre, por escritura número 136, otorgada en Pereira el treinta de diciembre de mil novecientos ocho, un lote de terreno en dicha ciudad, y ella estimó que el lote que donó en mil novecientos doce a la señora Duque de Hurtado era parte del lote comprado en mil novecientos ocho, lo cual no resultó así, según quedó establecido con la inspección ocular con peritos, efectuada en la segunda instancia por el Tribunal de Manizales.

De allí resulta que la señora Mercedes Hurtado donó a la señora Duque de Hurtado una cosa ajena, y precisamente de ahí deducen los demandantes que tal donación no vale y es nula e ineficaz, porque la donación de cosa ajena tiene tales caracteres.

De suerte que el motivo por el cual se demanda la reivindicación del lote en este litigio es la nulidad de la donación contenida en la escritura número 582 antes citada.

Pero como tal escritura reza el contrato de donación de un inmueble, y tal contrato aunque se refiera a cosa ajena no es nulo, conforme se expuso anteriormente en este fallo, ha de concluírse que el fundamento de la reivindicación demandada no existe, y que, por tanto, dicha acción no puede prosperar. Si la reivindicación no prospera, consiguientemente tampoco puede prosperar la demanda sobre división.

Otra cosa es que la donación de cosa ajena se entienda sin perjuicio de los derechos del dueño mientras no se extingan por el lapso de tiempo, pero tales derechos no pueden ejercitarse con el fundamento de que se declare nulo el contrato de donación, pues tal contrato no es nulo, sino que no perjudica los derechos del dueño mientras no se extingan por el lapso de tiempo.

A lo expuesto, que sería suficiente para declarar que la acción no puede prosperar, se agrega:

a) Que los demandantes en la parte petitoria han pedido que se declare la nulidad de la donación como consecuencia de la reivindicación, lo cual debe entenderse al contrario, como se deduce de los hechos del libelo. Si la reivindicación no se demandara como consecuencia de la nulidad, resultaría que la reivindicación no se apoyaría en el libelo en motivo alguno y por ello tampoco podría prosperar.

b) Que en el libelo hay confusión acerca de si se demanda para la sucesión de Andrés Hurtado y María Antonia Arias, o si la reivindicación se pide directamente para los demandantes, caso en el cual no aparecería título alguno de propiedad del lote en beneficio personal de ellos.

Si por las razones antedichas la demanda promovida no puede prosperar, inútil e indebido resulta el examen de las excepciones perentorias propuestas.

Siendo así, la Corte debe no solamente casar la sentencia de segunda instancia sino también revocar el fallo del Juez de la primera instancia, pues este funcionario declaró probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido y sólo por ello absolvió a los demandados, siendo así que por no poder prosperar la acción, no era el caso de examinar las excepciones perentorias.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, infirma el fallo acusado, proferido en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos veintiocho, y revoca la sentencia de primera instancia pronunciada en el mismo litigio, con fecha nueve de diciembre de mil novecientos veintiséis, por el Juez primero del Circuito de Pereira, y en su lugar resuelve:

Niéganse las declaraciones solicitadas en todos los puntos de la parte petitoria del libelo que encabeza este juicio y, en consecuencia, se declara libres a los demandados de la acción formulada contra ellos. No es el caso de examinar las excepciones perentorias propuestas por los demandados.

Sin costas en la casación, ni en la primera ni en la segunda instancia.

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

TANCREDO NANNETTI — **José Miguel Arango—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.**—El Conjuez, **Miguel Arteaga H.—Augusto N. Samper**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

de los señores Magistrados doctores José Miguel Arango, Germán B. Jiménez y Juan E. Martínez.

En la sentencia que precede, la mayoría de la Sala, formada con la concurrencia del distinguido señor Conjuez, declara que es válida la donación de cosa ajena.

Como no hemos podido hallar aceptable esta tesis, o, en último término al menos, nos parece menos probable, salvamos nuestros votos, con el debido acatamiento a quienes la propugnan.

Después de algunas consideraciones sobre la donación en el Derecho Romano y de decir que en los códigos posteriores, más o menos relacionados con aquél, se conservó, en unos, la donación como modo y en otros ya como título, ya como modo, asegura la mayoría que en el Código chileno y en el colombiano la donación tiene los caracteres de contrato y de modo; que en los artículos 1443, que la define, y 1455 de este último Código, aparece la donación-modo y en el 1469 "y otros como el 745 y el 765, que equiparan por ciertos aspectos la venta y la donación," aparece como título o contrato y que las dificultades para resolver la cuestión planteada provienen principalmente de esta ambigüedad, pues la opinión adversa a la donación de cosa ajena se apoya en los textos legales que la miran como un modo, al paso que la favorable se funda en los relativos a la donación-contrato.

Continúa diciendo la mayoría que la donación-título, o sea, el contrato de donación, puede, conforme al sistema legal colombiano, referirse a cosas ajenas, pues

como por el contrato no se transmite el dominio y sólo contrae el donante una obligación de **dare** a título gratuito, el asunto de la donación de cosa ajena se resuelve en la misma forma que el de la venta de cosa ajena, es decir, que vale sin perjuicio de los derechos del dueño y que el donante se obliga por el contrato a transmitir el dominio, para lo cual podrá adquirirlo del tercero; y si no cumple con tal obligación, la cuestión se resolvería en indemnización de perjuicios: "igual en el contrato de venta y en el de donación, con la diferencia de que aquél es a título oneroso y éste a título gratuito."

Como se ve, la mayoría extiende a la donación de cosa ajena la teoría legal de la venta de cosa ajena, para lo cual asienta una distinción entre donación-título y donación-modo, así como en la compraventa se distingue el contrato y la tradición; pero estimamos que esta figura es inadmisible a la luz del artículo 673 del Código Civil, que reduce los modos de adquirir el dominio a la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Por otra parte, ¿cuál sería el criterio para saber cuándo la donación es título y cuándo es modo?

La donación entre vivos es un título traslaticio de dominio; mas a él no puede aplicarse, en nuestro sentir, la disposición del artículo 753, porque ésta no ofrece la amplitud que algunos creen ver en ella para tomarla como fundamento de todo un sistema legal. En efecto: establece el artículo que la tradición da al adquirente, **en los casos y del modo que las leyes señalan** (subrayamos), el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. Según esto, la ley ha de expresar los casos en que halla cabida la disposición y no es lícito, por tanto, sostener que dicha disposición constituye la base de un sistema general.

Como caso enlazado con la disposición del artículo 753, dispone el artículo 1871 que la venta de cosa ajena vale sin perjuicio de los derechos del dueño, mientras no se extingan por el tiempo; lo que significa que el comprador de buena fe puede ganar por prescripción ordinaria la cosa ajena. Es dable afirmar que otro caso se encuentra en la permuta, merced a lo estatuído en el artículo 1958, y otro quizás en la partición, si se tiene en cuenta lo prevenido en el artículo 1405. Empero, respecto de la donación de una cosa ajena, no se advierte en el Código disposición alguna que la señale como uno de los casos a que se refiere el artículo 753; de donde se deduce que ella no sirve para que el donatario obtenga por prescripción ordinaria el dominio. Ahora bien: si el efecto de la prescriptibilidad que se produce en la venta de cosa ajena no se produce en la donación de cosa ajena, falla la teoría que aparea estos dos fenómenos cual si fuesen consecuencias de un mismo principio cardinal.

Agrega la mayoría que su doctrina da contestación satisfactoria a los argumentos que aducen los partidarios de la contraria.

a) Uno de tales argumentos se deriva del artículo 1455 del Código Civil, en virtud del cual no hay donación si, habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento, de donde se sigue que estas dos circunstancias son esenciales en el acto; y como la donación de cosa ajena no merma el patrimonio del donante, es preciso concluír que ella está implícitamente condenada por este texto.

Responde la mayoría que el artículo se refiere a la donación-modo, en que indudablemente hay para el donante reducción de patrimonio, ya que se trata de un título gratuito, pero no al contrato de donación, porque éste, como todo contrato, sólo origina obligaciones; que el contrato de donación puede versar sobre cosa ajena, porque para cumplir el donante la obligación de **dare** tiene que adquirir el bien, y si no cumple se resuelve la obligación en resarcimiento de perjuicios, todo lo cual origina una disminución de patrimonio para el donante; y que si se entiende por donación en el citado artículo 1455 la entrega o tradición de una cosa, es evidente que para que exista y produzca el efecto de transmitir el dominio, debe recaer sobre bien propio del donante, lo mismo que en la venta, pues en ésta la tradición a que se obliga el vendedor no transmitirá el dominio si el bien no es propio del vendedor.

"Pero ni en el contrato de venta de cosa ajena, ni en el contrato de donación de cosa ajena, la entrega subsiguiente es nula; lo que ocurre es que no es verdadera tradición, porque no transmite el dominio, y será tan sólo una entrega de posesión, que no perjudica los derechos del verdadero dueño, mientras no se extingan por el lapso de tiempo."

Observamos que esta explicación descansa sobre la distinción de donación-título y donación-modo, que ya contradijimos con apoyo en el artículo 673.

Del hecho de que en el caso de haberse donado una cosa ajena, le sea dable al donante obtenerla de su dueño para efectuar la tradición de ella al donatario y que tenga que pagar perjuicios si no cumple, no se deduce que valga, en principio, la donación, porque es claro que si adquiere el dominio de la cosa que donó, ya la donación es de cosa propia, y que si ha de pagar perjuicios por no poder entregar el bien al donatario, tales perjuicios no son la disminución patrimonial que la donación le acarrea al donante, sino la sanción proveniente de haber dispuesto de lo que no estaba facultado para disponer.

Cuanto a que haya de entenderse por donación en el artículo 1455 la entrega o tradición de una cosa, con la mira de concluír que para que exista tal donación es preciso que recaiga sobre bien propio del donante, anotamos que a la propia conclusión se puede llegar sin necesidad de sostener que el artículo se contrae a la tradición de la cosa donada. Pensamos que el artículo se refiere al acto de donación, a la donación-título que llama la mayoría, para establecer virtualmente que ese acto, en sí mismo considerado, sólo puede incidir sobre bienes cuya subsiguiente tradición merme el patrimonio del donante, o sea sobre bienes propios. Lo que la ley reglamenta al tratar **de las donaciones entre vivos,** es el acto, el título, así como al tratar de la compraventa, reglamenta el contrato y no la tradición consiguiente. Nos parece que la ley ha querido que sea esencial en el acto de donación el que verse sobre cosas propias, al menos putativamente, del donante, por ser inmoral la liberalidad que se haga con lo ajeno.

b) Es la venta de cosa ajena un acto irregular y la ley hubo de reconocerle validez para hacerle producir determinados efectos; si la misma ley hubiera querido asignarle validez a la donación de cosa ajena, lo habría estatuído expresamente. Desde este punto de vista es inconcebible su silencio.

Replica la sentencia que como la venta engendra apenas la obligación de dare en el vendedor, bien puede venderse lo ajeno, pues aquello se resuelve en que el vendedor adquiera el bien para que pueda cumplir y de lo contrario indemnice perjuicios. Si la ley no hubiera formulado el artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena seguiría siendo válida, de conformidad con los principios. Si la ley formuló dicha disposición fue para no dejar duda sobre el particular, en consideración a que en el Derecho chileno se le iba a dar al punto una solución distinta a la del antiguo Derecho español y a la del francés y habida cuenta de la importancia y frecuencia del contrato de compraventa; pero la solución, sin que existiera aquella disposición, debería ser la misma.

"Para la Corte, la donación-contrato de cosa ajena produce los mismos efectos y tiene el mismo alcance, en general, que la venta de cosa ajena, y a dicha conclusión debe llegarse teniendo en cuenta los principios y el espíritu de nuestro Código."

Reconocemos que, como al tenor del artículo 1849 del Código Civil, la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero, puede admitirse en principio lo que la sentencia afirma respecto de él; sólo que con el fin de que la afirmación no tropezara con obstáculos positivos, sería necesario reformar el artículo 753 en el sentido de suprimirle la frase **en los casos y del modo que las leyes señalan**. Mas repetimos que no hallamos en el Código base suficiente para asimilar la donación de cosa ajena a la venta de la misma, ya en razón del examen que dejamos hecho del citado artículo 753, ya en razón del concepto que aquél nos da del acto de donación.

Lo que expone la mayoría acerca de la donación de cosa ajena es aceptable, eso sí, respecto de la promesa de donación y tal parece que era la doctrina del Derecho Romano. Si la donación de la **res aliena**, enseña Bry, se hacía por vía de dación, era nula, si por vía de promesa, válida, porque uno puede obligarse a transmitir en propiedad la cosa de otro. En los primeros tiempos de aquel Derecho, la donación no era un contrato, sino un acto que debía ser realizado por un modo apropiado—mancipación, cesión **in jure**, tradición—y, por tanto, no estaba de suyo cunfundida con la tradición: su diferencia con estos modos consistía en que el motivo determinante era la liberalidad. La legislación fue experimentando cambios y bajo Justiniano, la donación asumió el carácter de un pacto legítimo, que se perfeccionaba por el acuerdo de las partes y tenía la tradición como modo de ejecución.

c) Por definición, la donación entre vivos se refiere a bienes propios del donante.

Según la mayoría, esta definición, tomada del Código francés, en el cual la donación es un modo que transmite el dominio, no puede aplicarse aquí a la donación-título, sino al caso que guarda relación con su origen, es decir, tratándose de la donación como un modo, o sea la tradición consiguiente al contrato de donación.

A nuestro turno, no creemos que la definición del artículo 1443 verse sobre la tradición consiguiente al contrato de donación. El artículo habla del **acto** de donación para decir que por él una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona que la acepta. La lectura del texto presenta sin dificultad la idea de que lo definido es el título, la manifestación de voluntad; y siendo ello así, el empleo del verbo **transferir**, que equivale a ceder o renunciar en otro el derecho o dominio que se tiene sobre una cosa, haciéndosele dueño de ella, y del posesivo **sus**, que denota pertenencia, significa que esa manifestación de voluntad que es la donación entre vivos, lleva consigo, como requisito esencial, el que sólo pueda recaer sobre bienes propios de quien hace la liberalidad.

Recuérdese que el señor Bello, en el proyecto de 1853, le puso a la definición del acto esta nota:

"La donación entre vivos se consuma por la tradición."

Sugiere ella que lo definido en el Código chileno, como en el nuestro, no fue la llamada donación-modo, sino la donación-título. De otra suerte, holgaría esa nota.

Han estimado algunos que el artículo 1480 de nuestro Código reconoce la donación de cosa ajena; mas lo que ocurre, a nuestro entender, no es que la ley autorice semejante obrar, sino que castiga al donante que ha procedido dolosamente, o sea a sabiendas de que la cosa era ajena, con la obligación de sanear la evicción, ya que se trata de una donación con causa onerosa. El Derecho Romano le concedió al donatario que había sufrido la evicción, la acción de dolo si el donante era de mala fe.

Se comprende que el Código reconozca la validez de la venta de cosa ajena, entre otros motivos, porque el comprador pagó un precio por ella, afectando así su patrimonio, lo cual merece cierta protección por parte del legislador. Con el donatario de cosa ajena no sucede lo propio.

Sin tiempo para exponer otras consideraciones en pro de la tesis a que nos inclinamos, observamos sobre el caso concreto del juicio lo siguiente:

Se infirma la sentencia porque el Tribunal, a juicio de la mayoría, infringió el artículo 1523 del Código Civil, al aseverar que hay objeto ilícito en la donación de cosa ajena.

Sin embargo, este solo motivo no sería suficiente.

Como la acción es reivindicatoria y como, según el dictamen de la mayoría, la donación de cosa ajena, si válida, no perjudica los derechos del dueño mientras no se extingan por el tiempo, pensamos que era el caso de inquirir si estaba justificado el dominio de la entidad que reivindica sobre el terreno objeto de la acción; y en el evento afirmativo, procedía resolver si los demandados habían ganado dicho terreno por prescripción, que ellos propusieron.

La demanda no es, en verdad, un modelo de técnica forense, pero ha podido ser interpretada en busca de la intención de los actores. Esa intención resalta, a no dudar, en la petición **a)**, en donde se solicita la declaración de que pertenece a la doble sucesión de Andrés Hurtado (padre) y María Antonia Arias el solar que se reclama. Las peticiones **b)**, **c)**, **d)** y **e)** son exóticas y la **f)** se hace aparecer como consecuencia de las anteriores.

Si, en el orden de ideas de la mayoría, la donación de Mercedes Hurtado a Ascensión Duque de H. no es nula, se debía negar la petición **f)**, mas sin dejar por ello de estudiar la acción principal, que es la de dominio.

La reivindicación, en el libelo, no se deriva de la acción de nulidad de la donación, sino al contrario: se pide la declaración de la nulidad como consecuencia de la reivindicación; y en los hechos se dice textualmente que Hurtado (padre) conservó hasta la muerte la propiedad del solar que es materia del pleito (hecho 3°); que el mismo Hurtado y su mujer lo dejaron a sus herederos y se halla incluído en el inventario de los bienes de la

sucesión (4º y 7º); que el solar vendido por Hurtado a Mercedes Hurtado no es el que se persigue aquí (11) y que los herederos de los finados Hurtado y señora Arias conservan el dominio de ese solar. Todo esto significa que en los hechos se exponen causas capaces de generar la acción reivindicatoria, independientemente de la alegada nulidad de la donación. Luego no hay por qué asegurar que la reivindicación se hace dimanar de la nulidad.

En nuestro concepto, la sentencia que sirve de materia al recurso no ha debido ser casada por las razones expuestas por esta Sala en la suya.

Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos treinta y dos.

José Miguel Arango—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, primero de agosto de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Clotilde de Camacho, Juan Clímaco Vargas y Waldo Palomino, demandaron a Mercedes, Alejandrina, Pilar, Ramón, Inocencio y Luis F. Camacho y a Liborio Galeano, para que previa su citación y audiencia se les condenara:

"1º A restituír dentro del tercero día de notificada la sentencia, a sus dueños, los citados Clotilde Palomino de Camacho, José Vicente y Ana Josefa Camacho Palomino y a la herencia de Severo Camacho Palomino, representada por la heredera Clotilde Palomino de Camacho, como su madre legítima, el lote de terreno de ochocientas treinta y tres hectáreas tres mil trescientos treinta y tres metros cuadrados (sic) de superficie, demarcado así: de un mojón situado a espaldas de **cerro morado**, siguiendo por la cuchilla que se desprende del costado occidental de dicho cerro, hasta donde se encuentra con una cerca que viene de una puerta situada en el camino del **gaque** y que es pie del encerrado actual de Rafael Flórez, sigue luégo por dicha cerca hasta la puerta y continúa después por el camino hacia el Norte, hasta un mojón que es pie del lote que se adjudicará a Liborio Galeano; de este mojón, con un rumbo de 272º 52, línea recta, hasta encontrar el lindero general occidental del terreno; sigue luégo por dicho costado occidental hasta encontrar el lindero Sur, del lote número 1º, adjudicado a Abraham Barbosa; continúa luégo por los linderos sur y oriental de dicho lote, y después por el lindero general de terreno, hacia el Oriente, hasta un mojón que pertenece al lote que se adjudica a los Lechugas; continúa luégo por el costado occidental del lote de los Lechugas, hasta un mojón situado a 790 metros; de este mojón, línea recta, hasta un mojón situado en el pie de los desmontes del **gaque**, pertenecientes a Inocencio Hernández y distante 312 metros en línea recta del camino de **Sitionuevo**; de este último mojón, línea recta, hasta el camino, y de aquí, línea recta, hasta un cerrito; de este cerrito a otro inmediato, y de éste, por una colinita, hasta unas rocas frente a la puerta del **Alto del Grito**, de dichas rocas, línea recta a la puerta; de la puerta continúa por todo el camino del **gaque**, hasta encontrar un mojón frente a una cerca que limita los desmontes de Inocencio Hernández; de este mojón, por toda la cerca, en dirección oriental, hasta donde se encuentra una peña que forma cascadita en una zanja seca; de esta peña o cascadita, línea recta, con rumbo de 130º, en una extensión de 690 metros; de este punto, línea recta, al cerro del **mortero**, y de éste, línea recta, hasta el punto de partida. Lote éste que se señaló a Wenceslao Camacho en la partición material del terreno ubicado en el sitio de **San Ramón** y **San Ciriaco**, del vecindario de Bolívar, como comprador a Ramón Argüello, de la tercera parte del terreno adjudicado en remate por la Nación a Fructuoso Aguilar.

"2º A restituír los frutos civiles y naturales del predio cuya reivindicación se demanda, no sólo los percibidos por los demandados sino todos los que los dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, o a pagar su valor si no existieren.

"3º A pagar las costas del juicio."

El Juez falló:

"Condénase a los demandados Alejandrina, Pilar, Mercedes, Ramón, Inocencio y Luis F. Camachos, Rufina, Luis Enrique y Aurelio T. Galeanos, María Engracia y Ana Delina Flórez, representada esta última por su esposo Luis A. Baños, a restituír a los actores señores Clotilde Palomino de Camacho, Ana Josefa Camacho Palomino y José Vicente Camacho Palomino, y a la herencia de Severo Camacho Palomino, representada por la primera de las nombradas demandantes, dentro de tercero día de notificada en legal forma la presente sentencia, el globo de terreno de ochocientas treinta y tres hectáreas, tres mil trescientos treinta y tres metros cuadrados, que ha sido objeto de este pleito, por los linderos especificados en la parte petitoria del libelo.

"A restituír a los nombrados actores los frutos naturales y civiles que el lote determinado en el punto anterior haya producido desde el día de la contestación de la demanda y por lo que hace a aquellos de los demandados que no la contestaron, desde el día en que han debido contestarla.

"Condénase además a los demandados Aurelio T. Galeano, Luis A. Baños, en representación de su prenombrada mujer, y Luis Enrique Galeano, a pagar por vía de multa, a favor de los actores, cada uno, la suma de cincuenta pesos moneda corriente.

"Y finalmente, al pago de las costas procesales."

Apelado el fallo, el Tribunal de San Gil lo confirmó en todas sus partes.

Interpuso recurso de casación el apoderado judicial de Inocencio Camacho, y como ese recurso se le concedió por el Tribunal y la Corte lo aceptó, por auto que está ejecutoriado, se procede a decidirlo.

El apoderado de Camacho ante el Tribunal alegó como causales de casación la primera de las señaladas por la Ley 169 de 1896, y la hizo consistir en violación de los artículos 2529 del Código Civil y errónea interpretación de los artículos 789 y 2526 del Código citado. Hace consistir esa violación y la mala interpretación en que el sentenciador incidió, al estudiar la excepción de prescripción, que ese fenómeno jurídico no podía realizarse respecto de las personas que tuvieran título inscrito mientras esa inscripción no fuera cancelada, cosa que sucedía respecto de los demandantes.

No entra la Sala a considerar la tesis del Tribunal respecto de prescripción, sobre la cual hay bastante y uniforme jurisprudencia en contrario, porque el señor Inocencio Camacho, actual y único recurrente, no contestó personalmente la demanda; lo hizo en su nombre un defensor de ausentes, nombrado por el Juez de la instancia, y ese defensor no propuso la excepción de prescripción, como puede verse por su contestación, que dice:

"Los puntos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º, que constituyen los hechos fundamentales de la demanda, aparecen de documentos auténticos aun no redargüidos de falsos, y por tanto no los contradigo, pero sí dejo constancia en presencia de la respuesta que la señora Pilar Camacho de V.—otra demandada—que el punto 6º al cual no prestó asentimiento esta demandada, también aparece de autos o sea de documentos auténticos, su situación jurídica de heredera de Severa Camacho. La historia de los contratos de 1883 y las resultas del juicio ejecutivo seguido por el doctor Nepomuceno Riaño, deben probarse porque de ello no hay constancia en el expediente.

"Carezco en absoluto de instrucciones de mis defendidos, una de las cuales murió ya (la señora Alejandrina Camacho viuda de Pedro Antonio Caro), la señora Mercedes C. de Olarte, vive o reside en Bogotá, y a don Inocencio apenas lo conozco. Al evacuar este cargo enojoso de suyo, cumplo un deber prometido y al mismo tiempo pido a usted se me excuse de continuar en él por motivo del cargo que actualmente ejerzo. Devuelvo los autos."

De suerte que si Camacho no propuso la excepción de prescripción, ni la alegó en las instancias del juicio, hoy no puede hacerse valer en casación ese extremo por ser medio nuevo, extraño al debate.

Es de advertir que los otros demandados no recurrieron en casación y para ellos está ejecutoriada la sentencia del Tribunal.

Ante la Corte acusa el apoderado de la Camacho la sentencia por varios motivos que se estudiarán por su orden.

Primer motivo.

Violación del artículo 946 del Código Civil, porque para que pueda reivindicarse una cosa, arguye el recurrente, es necesario que el reivindicador haya estado en posesión material de ella y haya perdido esa posesión, pues nadie puede recuperar lo que no poseyó nunca, con lo cual se violó el artículo 946 del Código Civil, ya que los reivindicadores jamás han tenido la posesión material del terreno que reclaman con acción de dominio.

Se observa:

La Corte tiene resuelto ya de modo definitivo, por constante y nutrida jurisprudencia, que no es necesario haber poseído materialmente, para ejercitar la acción reivindicatoria. Así lo dice entre otras, la sentencia de fecha diez y seis de junio de mil novecientos quince, tomo XXV, página 51, en donde se lee:

"El recurrente estima violados directamente los artículos 946, 762 y 950, e indirectamente el artículo 1880 del Código Civil, al otorgar, dice, el Tribunal la acción reivindicatoria a una persona que nunca ha poseído y que por lo tanto no puede recuperar lo que no ha perdido, y que el actor ha debido solicitar la entrega o tradición de quien le vendió y no de terceros."

"La tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro de instrumentos públicos, artículo 756 del Código Civil, y para que se verifique ese fenómeno jurídico no es necesaria la entrega material.

"De modo, pues, que quien adquiere el dominio de una finca raíz, por los medios que indica la ley, tiene todos los derechos de dueño, entre otros, el de ejercitar la acción reivindicatoria, sin que para ello sea preciso que haya tenido antes la posesión material, porque esta condición no la exige el artículo 946 del Código Civil."

Segundo motivo.

Violación del artículo 2673 del Código Civil, por cuanto el sentenciador dio valor a las escrituras de veintisiete de septiembre de mil ochocientos setenta y tres, y diez y siete de enero de mil ochocientos setenta y cuatro, y diez y ocho de septiembre de mil ochocientos setenta y cinco, que sólo fueron registradas en el año de mil novecientos diez y nueve, cuando ya el causante de los demandados había adquirido con anterioridad al año del registro, el terreno disputado.

Se observa:

El Tribunal no se basó únicamente, para reconocer el dominio sobre los terrenos en litis, en las escrituras tachadas por el recurrente, como se ve por este pasaje de la sentencia:

"Para comprobar los demandantes sus derechos de propiedad en los terrenos que reclaman, han presentado los títulos escriturarios que la justifican y que vienen por transmisiones sucesivas del soberano territorial, o sea de la Nación a Fructuoso Aguilar, a Miguel Vanegas, a Ramón Argüello, a Wenceslao Camacho, a Severo Camacho y de éste a sus herederos que son los actores en este juicio; de modo que éstos tienen a su favor dos de los medios de adquirir el dominio, la tradición y la sucesión por causa de muerte, de que habla el artículo 673 del Código Civil; y que por tratarse de bienes raíces, se han complementado con el registro de esos títulos en la forma prevista en los artículos 756 y 757 allí."

Fuera de las escrituras a que se refiere el recurrente sirvieron de base a la sentencia la escritura número 213 de mayo de 1882, registrada ese mismo año, por la cual Ramón Argüello le vende a Wenceslao Camacho dos mil quinientas (2,500) hectáreas de las adjudicadas primitivamente al señor Fructuoso Aguilar, y la número 348, de quince de julio de mil ochocientos ochenta y dos, registrada en el mismo año, por la cual Wenceslao Camacho le vende a Severo del mismo apellido, ochocientas treinta y cuatro (834) hectáreas en las tierras de San Ramón y San Ciriaco, de suerte que dando por sentado que el sentenciador hubiera padecido error al apreciar los títulos a que se refiere el recurrente, habría otros, los que se acaban de citar, suficientes para sustentar el fallo.

Tercer motivo.

Violación de los artículos 2673, 2674 y 752. El cargo se hace consistir en que el sentenciador tomó en cuenta las escrituras ya citadas que sólo fueron registradas en mil novecientos diez y nueve (1919), para fallar a favor de los demandantes, reconociéndoles dominio sobre el terreno disputado.

Ya se ha dicho que aun en el supuesto de que prosperara el reparo, la sentencia se sostendría porque tam-

bién se apoya en otros títulos traslaticios de dominio, no impugnados por el recurrente, que conservan por ello toda la fuerza que les asignó el Tribunal. Tampoco prosperan las acusaciones por violación de otras disposiciones citadas por el recurrente y que se dicen violadas, como consecuencia del quebrantamiento de los artículos 2673 y 2674.

Cuarto motivo.

Apreciación errónea de las pruebas básicas que adujeron los demandantes para probar su dominio. Vuelve el recurrente a tratar de las escrituras de los años de mil ochocientos setenta y tres (1873), mil ochocientos setenta y cuatro (1874) y mil ochocientos setenta y cinco (1875), que no fueron registradas sino en mil novecientos diez y nueve (1919).

Ya se ha dicho que esos títulos no fueron los únicos que le sirvieron de fundamento para el fallo; existen otros no atacados en casación que sostienen la decisión del Tribunal de San Gil.

Quinto motivo.

Se sostiene que el fallador incurrió en error de derecho y de hecho que aparece de manifiesto en los autos, por cuanto el sentenciador no apreció la constancia legal de la partición y entrega a los demandados del lote disputado y la prueba de la posesión de ese lote por más de diez (10) años, títulos éstos que daban la prescripción a favor de los demandados.

Ya se ha hecho notar que el recurrente no propuso la excepción de prescripción ni la alegó en las instancias del juicio y que ese extremo para él es un medio que no puede hacer valer en casación, excepción ésta que no puede declararse de oficio (artículo 51 de la Ley 105 de 1890, que era la Ley aplicable cuando se falló).

Parece también que al principio de su alegato, el recurrente hace algún reparo a la sentencia, porque no resolvió o no hizo declaración de dominio a favor de los demandantes, sino que se limitó a ordenar la restitución de los lotes, sin que cite la disposición que el Tribunal hubiera violado con el proveído concebido en esos términos, pero no está por demás advertir que esa es cuestión de meras palabras, pues condenar a restituír alguna cosa implica que se reconoce propiedad a favor de quien demanda la restitución, y así ha sido decidido por esta Superioridad (sentencia de veintiuno de marzo de mil novecientos diez y siete, tomo XXVI, página 20, **Gaceta Judicial**).

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, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.**

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

La señorita María Elisa Guzmán Corredor, por conducto de apoderado, promovió una demanda contra la señora Angélica Corredor de Jiménez.

Esa demanda, establecida a favor de la sucesión de Julia Corredor de Guzmán, se encamina a obtener las siguientes declaraciones:

"a) Que pertenece en propiedad o dominio a la sucesión de la señora Julia Corredor de Guzmán el terreno situado en el Municipio de Chiriví o Nuevo Colón, en la vereda de **Sorca**, y comprendido por los siguientes linderos: por el pie, desde un mojón de piedra a la orilla de la quebrada de **Sorca**, que corresponde a la vereda de **Aposentos**, jurisdicción de Chiriví o Nuevo Colón; siguiendo de para arriba, hacia el Occidente, por unas matas de fique y eucaliptus, hasta un mojón que hace ángulo recto, linda con terrenos de Eulogia Pulido de Molina; por el costado derecho de este último lindero, en recta, a un mojón que está tras de la loma y linda con tierras de herederos del señor Luis Jiménez; por la cabecera de este mojón, por una hilera de fique, en recta, a otro mojón que hace esquina (mata de fique), linda con terrenos de Pantaleón Díaz, y por el último costado, desde la mata de fique, en línea recta, al mojón, primer lindero, y linda con terrenos de Agapito Chavarro y con tierras de herederos de Luis Jiménez.

"b) Que, en consecuencia, a la demandada señora Angélica de Jiménez se ordene entregar, tres días después de ejecutoriada la sentencia, a los representantes de dicha sucesión de la señora Julia Corredor de Guzmán, el mencionado lote de terreno, quedando sin lugar la oposición formulada por Vicente Corredor Escobar el veintitrés de noviembre de mil novecientos veintiuno.

"c) Que, en la misma consecuencia, dicha finca raíz debe considerarse incluída pura y simplemente en el inventario y en el acervo de bienes partibles entre los asignatarios de la sucesión de la señora Julia Corredor de Guzmán.

"d) Que la demandada señora Angélica Corredor de Jiménez está obligada a restituírme el valor de los frutos naturales y civiles de la finca arriba alinderada, desde el día de la contestación de la demanda, y que, además, la demandada debe pagar las costas del presente juicio."

Son estos los hechos:

"1º El señor don Julián Escobar, dueño de la hacienda llamada **Aposentos**, ubicada en el vecindario de Chiriví, hoy Nuevo Colón, dividió, por escritura número 147, de fecha quince de octubre de mil ochocientos sesenta y tres, otorgada en la Notaría de Turmequé, sus bienes raíces entre sus herederos legítimos, señalando o adjudicando a uno de éstos, a la señora Timotea Escobar de Corredor, el lote allí indicado por sus linderos.

"2º Muerta la señora Timotea Escobar de Corredor y abierto el juicio de sucesión de ella, se le adjudicó a la señora Julia Corredor de Guzmán, hija legítima de doña Timotea y de Sacramento Corredor, un globo de tierra, dentro del cual se encuentra el lote de terreno alinderado en el punto **a)** de la parte petitoria de esta demanda y que don Julián Escobar había asignado a su hija Timotea en la escritura arriba nombrada.

"3° La señora Julia Corredor de Guzmán ejerció actos de dominio, ella y sus antecesores, doña Timotea Escobar y don Julián Escobar, sobre el lote de terreno alinderado en el punto a) petitorio de la demanda, consistentes tales actos como darlo en arrendamiento, cercarlo, plantarlo con sementeras, etc., sin el consentimiento de ninguna persona, sino en ejercicio del derecho pleno de propiedad, en muchisimo más de treinta años.

"4° Los herederos de la señora Julia Corredor de Guzmán ejercieron también actos de dominio sobre el indicado lote de tierra de propiedad de doña Julia, hasta el día en que arbitrariamente el señor Vicente Corredor E., sin título inscrito de ninguna clase, se apoderó de hecho del referido inmueble, hoy reclamado, consumando con ello el mayor de los despojos.

"5° El señor Vicente Corredor E., sin título de ninguna clase, ni inscrito ni material, vendió el lote de tierra a la demandada señora Angélica de Jiménez, por escritura número 256, de fecha diez y seis de julio de mil novecientos veintiuno, otorgada en la Notaría de Umbita, lote de tierra que en principio perteneció, como hase dicho, a don Julián Escobar, a doña Timotea Escobar, a doña Julia Corredor de Guzmán, quien transmitió el dominio, posesión y tenencia plenos y absolutos a sus herederos, entre los cuales se encuentra la demandante señorita María Elisa Guzmán Corredor.

"6° La sucesión de doña Julia Corredor de Guzmán perdió, por la ocupación arbitraria de don Vicente Corredor E., la tenencia y la posesión material sobre el lote de tierra que hoy reclama mi poderdante de la demandada señora Angélica Corredor de Jiménez, para la citada sucesión, y quien posee ese lote de tierra sin título justificativo y con los mismos vicios de su causante.

"7° Los arrendamientos de la finca reclamada para la sucesión de doña Julia Corredor de Guzmán y que posee irregularmente la demandada, valen anualmente la suma de cuatrocientos pesos moneda legal."

Admitida la demanda por el Juez 3° del Circuito de Tunja y corrida en traslado a la señora Corredor de Jiménez, ésta denunció el pleito al señor Vicente Corredor E., su tradente, quien se apersonó en el juicio.

El apoderado de Corredor rechazó la acción y contestó así los hechos:

"El primero, es cierto; el segundo, es cierto; el tercero, no es cierto, sino en cuanto se refiere a doña Timotea y a don Julián Escobar. La señora Julia Corredor de Guzmán no ejerció nunca actos de dominio en el terreno alinderado en el punto a) de la demanda, pues ella y su esposo Dionisio Guzmán se lo entregaron a don Vicente Corredor en cambio del lote que por orden de ellos le aseguró a Laureano Moreno. El cuarto, no es cierto. El quinto, es cierto en lo que dice relación a la venta que don Vicente Corredor hizo a la señora Angélica viuda de Jiménez del lote que era de él, pero no en lo demás.

"Al sexto, no es cierto. Al séptimo, contesto: no es cierto."

El apoderado propuso la excepción de prescripción extraordinaria.

El Juez dictó sentencia el diez y nueve de diciembre de mil novecientos ventiocho, y en ella resolvió:

"1° Declárase no probada la excepción perentoria de prescripción extraordinaria para adquirir propuesta por el demandado.

"2° Declárase que pertenece en propiedad a la sucesión de la señora Julia Corredor de Guzmán, un terreno situado en el Municipio de Nuevo Colón en la vereda de Sorca, comprendido dentro de los siguientes linderos:

'Por el pie, desde un mojón de piedra a la orilla de la quebrada de **Sorca**, que corresponde a la vereda de **Aposentos**, jurisdicción de Nuevo Colón; siguiendo de para arriba, hacia el Occidente, por unas matas de fique y eucaliptus, hasta un mojón que hace ángulo recto, linda con terreno de Eulogia Pulido de Molina; por el costado derecho de este último lindero, en recta, a un mojón que está tras de la loma, y linda con tierras de herederos del señor Luis Jiménez; por la cabecera de este mojón, por una hilera de fique, en recta, a otro mojón que hace esquina (mata de fique), linda con terreno de Pantaleón Díaz, y por el último costado, desde la mata de fique, en línea recta, al mojón, primer lindero, y linda con terrenos de Agapito Chaparro y con tierras de herederos de Luis Jiménez.'

"3° Condénase a la demandada señora Angélica Corredor de Jiménez a entregar, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, a los representantes de la sucesión de Julia Corredor de Guzmán, el lote especificado en el aparte anterior.

"4° Condénase a la misma Angélica Corredor de Jiménez a pagar a la sucesión de Julia Corredor de Guzmán o a quien sus derechos represente, los frutos naturales y civiles del inmueble atrás especificado, desde el día de la contestación de la demanda.

"5° Considérase incluído en el inventario y acervo de bienes partibles, correspondientes a la mortuoria de Julia Corredor de Guzmán, el inmueble de que trata el aparte segundo de la parte resolutiva de esta sentencia."

Por apelación del apoderado del denunciado, subieron los autos al Tribunal Superior de Tunja, quien, en sentencia de veintiuno de junio de mil novecientos veintinueve, confirmó la de primera instancia.

El mismo apoderado interpuso recurso de casación, el que, después de una larga actuación, le fue concedido por el Tribunal.

La Corte admite el recurso, por hallarse en las condiciones legales, y procede a fallarlo.

En extenso memorial, suscrito a la vez por el apoderado principal y el sustituto de la parte recurrente, se indicaron los motivos de la causal primera, que es la invocada.

En primer término se impugna este paso de la sentencia:

"Además del acuerdo sobre los hechos mencionados (los de la demanda), existen títulos que los acreditan y que son: copia de la escritura número 147, de quince de octubre de mil ochocientos sesenta y tres, por la cual Julián Escobar dividió la hacienda de **Aposentos** de Chiriví entre sus hijos, uno de los cuales era Timotea; copia tomada de un juicio seguido entre las mismas partes, de la hijuela que correspondió a Julia Corredor de Guzmán en el juicio de sucesión de Timotea Escobar, de la cual aparece que se le adjudicó un terreno en **Sorca** y **Aposentos**, de Chiriví, y copia del auto que reconoció a la demandante como heredera de Julia Corredor de Guzmán."

Afirman los apoderados que el Tribunal cayó en error de derecho al sostener que los documentos enunciados

en el párrafo transcrito prueban el dominio de la sucesión de Julia Corredor de Guzmán sobre el terreno a que se refiere el pleito. La hijuela formada a esa señora en la sucesión de Sacramento Corredor y Timotea Escobar fue traída a los autos en copia expedida por el Secretario del Juzgado, y el Tribunal, al reconocerle valor probatorio, ha quebrantado el artículo 2576 del Código Civil, lo mismo que los artículos 2602 y 2603 ibídem y los artículos 681, 686 y 679 del Judicial. (Se entiende que del anterior, que era el que regía a la fecha de la interposición del recurso). Estas violaciones condujeron al sentenciador a quebrantar indirectamente los artículos 946 y 950 del Código Civil, por haber concedido la acción reivindicatoria a quien no ha probado ser dueño de la cosa que se reivindica.

Se considera:

Necesitaba el demandante probar el dominio de la sucesión para la cual se pide sobre el lote que es objeto de la reivindicación, y esa prueba es la hijuela formada a Julia Corredor de Guzmán en la sucesión de Sacramento Corredor y Timotea Escobar.

La hijuela debió aducirse en copia expedida por el Notario en cuya oficina se encuentra protocolizado el juicio de sucesión; pero no se procedió así, sino que el demandante hizo venir una copia autorizada por el Secretario del Juzgado 3º del Circuito de Tunja (el mismo que conoce del presente negocio), quien la tomó del juicio ordinario seguido por la sucesión de la señora Corredor de Guzmán, por conducto del apoderado doctor José J. Castro, contra Vicente Corredor E. (folios 26 y siguientes del cuaderno de pruebas del demandante).

Con el procedimiento de que se trata, fue quebrantado el artículo 686 del Código Judicial, en virtud del cual los documentos auténticos han de expedirse en copia autorizada, bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales; pues es sabido que, protocolizado un juicio de sucesión, es el Notario respectivo el llamado por la ley a custodiarlo y a expedir las copias de las hijuelas (artículo 1291 del mismo Código. Análoga disposición trae el artículo 967 del actual).

Y no se diga que el presente juicio guarda relación con el de sucesión de la señora Corredor de Guzmán, aún en curso. Es cierto esto, como lo demuestra la petición **c)** de la demanda; mas de aquí no se sigue que las pruebas que obran en el de sucesión hayan de ser tenidas en cuenta en éste: los dos juicios son distintos, con arreglo a la parte final del numeral 2º del artículo 162 del Código de Organización Judicial que regía cuando se instauró el negocio, parte concebida así en lo pertinente:

"Mientras estuviere pendiente el juicio de sucesión, el mismo Juez que conoce de él es el único competente para conocer, en juicio separado, de las demandas siguientes: ..... las que versen sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo....."

Además, la copia de la hijuela allegada a este juicio ni siquiera fue tomada de la sucesión de la nombrada señora Corredor de Guzmán, sino de un juicio ordinario de la misma sucesión contra Vicente Corredor E., el cual juicio era también separado, por ministerio de la citada disposición del artículo 162.

La demandante ha debido hacer desglosar la hijuela en dicho juicio ordinario contra Vicente Corredor para presentarla en el actual, o pedir una nueva copia al Notario respectivo. La copia expedida por el Secretario del Juzgado 3º del Circuito de Tunja es legalmente inadmisible, porque el Juez que la ordenó no es el funcionario encargado de la custodia del original, ni fue compulsada por haberse negado una solicitud de desglose en los términos que permite el inciso 2º del artículo 725 del Código Judicial.

Tal es la jurisprudencia que la Corte ha sostenido en casos iguales al de ahora.

Véase, como ejemplo, lo expuesto en sentencia de casación proferida el treinta de septiembre de mil novecientos diez y nueve:

"Termina el recurrente esta parte de su alegato acusando la sentencia por haber violado el Tribunal, a causa de haber cometido error de derecho, los artículos 117, 118 y 126 del Código de Minas, por haber desconocido el derecho preferente que tienen los demandados sobre el mineral de que están en posesión.

"La Corte observa que, conforme a los artículos del Código Judicial que el Tribunal ha invocado, no puede tenerse como prueba la copia del título número 307, de catorce de julio de mil ochocientos ochenta y uno, puesto que no fue expedida por el funcionario de la oficina respectiva, que sería el Notario, si se hubiere protocolizado el título, pues entonces sí dicho empleado estaría encargado de la custodia del original, o el Gobernador, en cuya oficina reposan originales todas las diligencias cuya copia constituye el título.

"Bien dice el Tribunal que el Código de Minas señala los medios de acreditar la propiedad de las mismas cuando el título original no puede presentarse; y entre ellos no figuran las copias expedidas por empleados públicos en cuyo poder se halle accidentalmente el título de esas minas.

"El Código Judicial tampoco autoriza esta clase de copias, pues las de los documentos auténticos deben ser expedidas conforme al artículo 686 de allí, bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales, y es claro que ni los Jueces ni los Secretarios son los encargados de la custodia de los originales de documentos públicos que se presenten para que obren en juicio.

"El interesado debió pedir el desglose del título, y negado éste, por ser necesario que obrara original el documento en el juicio, entonces sí valdría la copia que en su lugar manda expedir el artículo 725 del Código Judicial. No siendo, pues, casable la sentencia por el motivo que acaba de estudiarse, debe quedar en firme, ya que basta a fundarla la circunstancia de no ser admisible como prueba el documento que sirve de base a la oposición." (**Gaceta Judicial**, número 1422, tomo XXVII).

En virtud de lo expresado, es forzoso concluír que el Tribunal incidió en error de derecho al reconocerle mérito probatorio a la copia de la hijuela expedida por el Secretario del Juzgado 3º del Circuito de Tunja y que con ello violó, cual ya se dijo, el artículo 686 del Código Judicial. Desestimada esta copia, como es de rigor, se queda sin prueba el dominio de la sucesión de Julia Corredor de Guzmán sobre el lote que está reivindicado; mas como el sentenciador declaró tal dominio, es cierto que también violó indirectamente, o sea por carencia de esa prueba, los artículos 946 y 950 del Código Civil, al tenor de los cuales la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no

está en posesión, para que el poseedor sea condenado a restituírla, y la acción corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la misma cosa.

Este es motivo legal suficiente para casar el fallo recurrido, sin necesidad de entrar a examinar los otros extremos alegados en la demanda (artículo 11 de la Ley 90 de 1920).

Para resolver en instancia, se considera:

Correspondía al reivindicador (la sucesión de Julia Corredor de Guzmán) la prueba de su dominio en el lote; y faltando, como falta, dicha prueba, pues que no sirve la ya dilucidada copia de la hijuela y la confesión no alcanza, tratándose de la propiedad de bienes raíces, que se halla sometida a régimen solemne, a suplir la ausencia del instrumento público, de conformidad con el artículo 1760 del Código Civil, el resultado del pleito no puede ser otro que la absolución de la demandada, en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 542 del Código Judicial anterior, que es el aplicable, merced a lo estatuído en el artículo 1228 del Código Judicial actual (Ley 105 de 1931).

No acreditada la acción, no hay para qué entrar a decidir acerca de la excepción de prescripción extraordinaria que propuso el opositor.

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Tunja, el veintiuno de junio de mil novecientos veintinueve, revoca la sentencia de primera instancia, proferida el diez y nueve de diciembre de mil novecientos veintiocho, y en lugar de ésta resuelve:

Se absuelve a Angélica Corredor de Jiménez de los cargos formulados contra ella en la demanda inicial del presente litigio.

No es el caso de decidir sobre la excepción de prescripción extraordinaria.

Sin costas en las instancias ni en la casación.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en audiencia y en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto dos de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

El doctor Luis Carlos Corral, como apoderado sustituto de la señora Emilia Hinestrosa de Maldonado, solicita de la Corte el cumplimiento de la sentencia sobre interdicción por causa de demencia del señor Zoilo Maldonado, pronunciada por la primera Sala del Tribunal de primera instancia del Departamento del Sena, en la ciudad de París.

A la Corte, en Sala de Casación Civil, corresponde el conocimiento de este asunto, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 105 de 1931.

Según el artículo 555 de la citada Ley, "la sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le concedan los respectivos tratados existentes con ese país, y, a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia."

El actor no acompañó con la demanda la prueba de que trata esta disposición.

La Corte, en un caso análogo, dijo en sentencia reciente:

"Según la nueva ley judicial (artículo 555), para que una sentencia dictada en un país extranjero tenga fuerza en Colombia, es indispensable que esa fuerza sea reconocida por tratados públicos, y a falta de éstos, la fuerza que tenga en Colombia es la que en el respectivo país se le otorgue a las sentencias dictadas por los Jueces colombianos.

"Ahora, en este asunto no se ha traído la prueba, consistente en tratado público que exista entre Colombia y Francia, para poder saber qué han estipulado estos dos países sobre la fuerza de las sentencias judiciales pronunciadas en uno de ellos para cumplirse o ejecutarse en el otro, y a falta de esa prueba principal ha debido acompañarse la supletoria, es decir, demostrar qué fuerza tienen en Francia las sentencias dictadas en Colombia y si allí pueden ejecutarse. Faltando esas comprobaciones, no puede la Corte ordenar lo que solicita el apoderado de la señora Cristina Montejo de Gutiérrez."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a lo solicitado en memorial de fecha catorce de mayo del presente año.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto tres de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Por memorial fechado en Puerto Berrío el quince de noviembre de mil novecientos diez y nueve, Juan de D. Arango, en su carácter de socio administrador de la sociedad mercantil Leonidas Arango & Cª, se dirigió a la Gobernación del Departamento de Antioquia manifestando que "a dos y medio o tres kilómetros, más o menos, de distancia de la cabecera de este Distrito, de la línea del ferrocarril de Antioquia y del río Magdalena, la mencionada Compañía tiene un lote de terreno de unas quinientas hectáreas, más o menos, cuadradas, llamado **Los Indios**, en el cual tiene casa de habitación, cultivos de caña de azúcar y de plátano, y en su mayor parte cubierta su superficie con pasto artificial. Termina pidiendo que se adjudique a la expresada sociedad las referidas quinientas hectáreas de terreno cultivado y las tres partes más anejas a la supradicha porción de terreno, si no pasare o excediere de dos mil quinientas hectáreas, y en su defecto, hasta este número, si alcanzare."

La Gobernación, por Resolución número 290, de trece de marzo de mil novecientos veinte, admitió el denuncio del baldío y ordenó darle la tramitación correspondiente.

Durante el término de los avisos que ordena fijar el artículo 70 del Código Fiscal, el primer Vicepresidente de la Sociedad Agrícola y de Inmigración hizo oposición

a la adjudicación del baldío solicitada por Leonidas Arango & C°, y la Gobernación, considerando que el Departamento de Antioquia tiene en la sociedad opositora la tercera parte de sus acciones, dispuso: "instrúyase; y dese orden al Fiscal del Tribunal Superior para que como representante judicial del Departamento de Antioquia coadyuve la oposición que el señor Vicepresidente de la Sociedad Agrícola y de Inmigración ha presentado durante la fijación en lista de este negocio." El Fiscal formuló su oposición en escrito de cinco de julio de mil novecientos veinte, y al siguiente día la Gobernación ordenó la remisión de esas diligencias al Tribunal Superior de Medellín, y ante él formalizó su oposición el Vicepresidente de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, la que fue coadyuvada por el Fiscal del mismo Tribunal, y el Tribunal ordenó que se diera en traslado a los denunciantes Leonidas Arango & C°. Estos no dieron contestación a la demanda de los opositores, y, previa la tramitación de un juicio ordinario, el Tribunal profirió la sentencia el cuatro de marzo de mil novecientos veinticinco, en la cual reconoció justificada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la Sociedad denominada Agrícola y de Inmigración, y, en consecuencia, declaró no haber lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

La parte demandante apeló de esa sentencia, y la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que conoció del recurso, declaró nula toda la actuación posterior al auto de citación para sentencia de primera instancia, pues toda la anterior fue ratificada por las partes y ordenó remitir el expediente al Tribunal Superior de Medellín para que lo pasara al Juez de Circuito correspondiente, ya que el motivo de la nulidad decretada fue el de incompetencia de jurisdicción improrrogable.

Correspondió el conocimiento del negocio al Juzgado del Circuito de Yolombó, el cual dictó el fallo de primera instancia el seis de julio de mil novecientos veintiocho, en estos términos:

"Primero. Reconócense justificados los hechos expuestos que constituyen la excepción perentoria de ilegitimidad en la personería sustantiva de la sociedad denominada Agrícola y de Inmigración, para ejercitar el derecho de oponerse al denuncio del terreno baldío conocido con el nombre de **Los Indios**, de que trata este juicio.

"Segundo. Como consecuencia, se declara que no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda de tres (3) de agosto de mil novecientos veinte (1920), con la cual se formalizó la oposición.

"Al ejecutoriarse este fallo, se enviará el expediente a la respectiva autoridad administrativa para los efectos consiguientes.

"Sin costas."

Martín E. Monsalve M., obrando a favor de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, invocó lo dispuesto en el artículo 345 del Código Judicial, y apeló de ese fallo dando, al efecto, la fianza correspondiente.

Concedióse la apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín, y éste, por sentencia de doce de julio de mil novecientos treinta, con el voto disidente del Magistrado doctor Ignacio Duque, falló el recurso confirmando la sentencia apelada con costas a cargo del apelante.

Propuesto el recurso de casación por la Sociedad Agrícola y de Inmigración, el Tribunal lo concedió y la Corte lo declara admisible y procede a fallarlo.

Invoca el recurrente las causales primera y segunda del artículo 2° de la Ley 169 de 1896.

En apoyo de la causal segunda dice el recurrente:

"Como los demandados no contestaron la demanda ni propusieron excepciones perentorias, el debate se concretó a las solicitudes del libelo, o sea, según se ve en su parte petitoria, al derecho de preferencia de la sociedad demandante, sobre los que pudieran tener los demandados, y a las consecuencias de aquel primer derecho, y quedaron fuera de la controversia lo de ilegitimidad sustantiva en la personería de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, lo de si las Leyes 63 y 18, tántas veces nombradas, transmitieron el dominio de las tierras cedidas, lo de si los bonos son títulos de propiedad de esas tierras y lo de los demás puntos de que trata la sentencia diferentes de aquel derecho preferente y de las consecuencias emanadas de él. Pero como a pesar de esto lo que el fallo recurrido decidió fue la confirmación de la sentencia de primera instancia en que se declaró probada la excepción de ilegitimidad sustantiva en la personería de la parte actora, se falló sobre un punto que no fue objeto del debate. Opino, por tanto, que está justificada esta causal.

"Pero antes de terminar, es necesario llamar la atención sobre lo siguiente:

"El juicio a que me he referido subió en otra ocasión a la Corte en tres cuadernos y volvió de allá en cuatro, según puede verse a los folios 138 y 159 del cuaderno principal, y hoy no hay sino tres cuadernos. ¿Qué se hizo el otro, que indudablemente es el de las pruebas en la primera instancia? No se sabe, y por eso no es extraño que falten las pruebas a que alude la sentencia de segundo grado. Quiere decir esto que es llegado el caso de que la Corte, por auto para mejor proveer, solicite las pruebas que faltaron. Insinuó la idea porque la falta depende de haberse extraviado un cuaderno."

Conviene hacer notar, como cuestión previa, que en atención a la petición que hace el recurrente de que se pida al Tribunal un cuaderno que falta, se han examinado las piezas de que consta este proceso y resulta que el recurrente se refiere a los tres cuadernos que remitió el Tribunal a la Corte con su oficio número 18, de veintitrés de febrero de mil novecientos veintiuno, en apelación del auto en que decidió sobre las excepciones dilatorias propuestas ante aquella autoridad cuando asumió el conocimiento de este asunto en primera instancia, y a los cuatro cuadernos que, una vez fallada esa apelación, le devolvió la Corte, con su oficio número 738, de veinticuatro de enero de mil novecientos veintitrés. Pero basta hojear el expediente para advertir que esos cuatro cuadernos se refundieron en uno y forman hoy parte del primer cuaderno de este proceso, hasta su foja número 158. No cabe, pues, la confusión que quiere hacer el recurrente entre aquellos cuadernos y los que ahora han venido a la Corte, pues si el recurrente no se hubiera dado cuenta de la reunión en un solo cuaderno de todas las piezas del expediente hasta la sentencia de primera instancia que dictó el Tribunal el cuatro de marzo de mil novecientos veinticinco, debió dar por desaparecido no uno sino tres cuadernos, ya que los otros dos que ahora vinieron a la Corte fueron creados con pos-

terioridad a las constancias que figuran "a los folios 138 y 159 del cuaderno principal," que hace valer el recurrente.

Hecha esta necesaria aclaración, en respuesta al cargo que se examina, se observa que, si bien es cierto que la parte demandada no dio contestación a la demanda, también lo es que dicha parte, desde que fue notificada de la demanda, desconoció la existencia de la sociedad demandante impugnándola, primero por vía de excepción dilatoria, y, después, como cuestión de fondo en el alegato de primera instancia; y, por consiguiente, siendo ese un hecho insistentemente alegado por la parte demandada, el juzgador debía tomarlo en cuenta y reconocerlo si a su juicio estaba demostrado, ajustándose al mandato del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, según el cual "cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida; sin embargo, respecto de la excepción de prescripción, es preciso que se alegue, cosa que puede hacerse en cualquier estado de la causa."

Ya lo ha declarado la Corte, y ahora lo ratifica, que, "no es casable por la segunda de las causales de casación la sentencia del Tribunal que declara la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante sin que esa excepción hubiera sido materia del debate." (Casación de 24 de julio de 1920, **Gaceta Judicial**, XXVIII, 119, 3ª).

Primera causal.

En cinco capítulos agrupa el recurrente los motivos que aduce en apoyo de esta causal.

En el capítulo primero se acusa la sentencia por violación de los artículos 15 de la Ley 95 de 1890, y 469, 470 y 472 del Código de Comercio, y 2º de la Ley 42 de 1898, por indebida aplicación, y del mismo artículo 15 citado, en su parte final, por no haberlo aplicado al caso del pleito, siendo el caso de hacerlo.

Los conceptos del Tribunal que motivan estos cargos los señala el recurrente en los siguientes párrafos de la sentencia recurrida:

Dice el Tribunal:

"La primera cuestión que se presenta en el estudio del pleito es si está probada la existencia legal de las sociedades que aparecen como demandante y demandada. Las sociedades comerciales se forman y prueban por medio de escritura pública, registrada conforme al Código de Comercio. Pero es preciso que de la escritura pública se registre un extracto en la Secretaría del Juzgado de Comercio, donde se establezca el domicilio social, dentro de los quince días inmediatos a la fecha de la escritura, y que dicho extracto se publique en un periódico del Departamento (artículos 465 y 470 del Código de Comercio). Lo dicho es aplicable tanto a las sociedades colectivas de comercio, como a las anónimas, sean comerciales o simplemente civiles (artículos 2090 del Código Civil; 551 del Código de Comercio, y 2º de la Ley 42 de 1898).

Hay personas jurídicas y personas naturales. La personalidad de los individuos de la especie humana no nace de la ley, es anterior a ella. La ley no hace sino reconocerla. No así la de las personas jurídicas, que no existe sino por virtud de las leyes. Es que las personas jurídicas no existen en realidad, son una mera ficción legal (artículo 633 del Código Civil). De modo que si en juicio se demanda a una persona jurídica, o en nombre de ella, es preciso comprobar todos los hechos que las leyes señalan como necesarios para que ante la ley misma se acepte la ficción. Los individuos no pueden formar personas jurídicas que no estén expresamente autorizadas por la ley y no pueden formarlas sino cumpliendo todos los requisitos y solemnidades establecidos por la ley para ello.

"Para la formación de sociedades colectivas de comercio y de sociedades anónimas, que son personas jurídicas, son precisas las solemnidades de que ya se ha hablado.

"La demanda se presentó en nombre de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, de la cual se dice que fue formada por medio de la escritura pública número 319, otorgada el veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve. La escritura aparece a los folios 75 a 81 del primer cuaderno. Pero no hay constancia de que un extracto de ella haya sido registrado en un Juzgado, de acuerdo con los artículos 469 y 470 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898. Existe, por el contrario, la prueba de que tal registro no se hizo. Aparece como demandada la sociedad de Leonidas Arango & Cº. No hay prueba en el proceso de que se haya registrado en la forma y oportunidad legales un extracto de la escritura social.

"Cae, pues, por su base este pleito, ya que es absurdo reconocer derechos y declarar obligaciones en relación con personas que no existen."

A esos conceptos del Tribunal opone el recurrente los siguientes argumentos:

"a) La única sanción que trae la ley para el caso de que no se registre judicialmente el extracto notarial de la escritura constitutiva de una sociedad, es la nulidad absoluta **entre los socios contratantes**, porque así lo establece el artículo 472 del Código de Comercio, pues es de este tenor:

'La omisión de la escritura social y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, producen nulidad absoluta entre los socios.'

"De manera que esa nulidad no es general, sino que se concreta a los socios, y que el contrato social reviste validez para todos los que no hayan intervenido en él. Tan cierto es esto, que el artículo 479 de la misma obra dice que el tercero que contrate con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones, así como tampoco los socios pueden escudarse con la nulidad del contrato para dejar de cumplir sus obligaciones para con terceros, pues antes por el contrario, están obligados solidariamente a cumplirlos, conforme al inciso 2º del citado artículo 472.

"**b**) Pero esa nulidad, además de no ser general, sino que se contrae a los socios constituyentes de la sociedad, no invalida **ipso facto** ni **ipso jure** el contrato, sino que, aunque viciado de nulidad absoluta, subsiste en todo su vigor, mientras judicialmente no se le declare nulo en juicio ordinario en que intervengan como partes los contratantes, o mientras ellos no lo invaliden, declarándolo así en escritura pública. Para demostrar esto, me basta citar y copiar en seguida algunos de los muchos pasos que se hallan en la **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. Con este procedimiento seré lacónico

y haré uso de opiniones mucho más autorizadas que las mías.

"Hé aquí algunas de estas citas y copias, no de todas, porque eso sería una repetición innecesaria, y porque, como dice el proverbio, para muestra con un botón basta.

"El número 2599 de la **Jurisprudencia de la Corte** dice:

'No debe confundirse la inexistencia de un contrato con la nulidad absoluta de que el mismo contrato puede adolecer. Hay convenciones que por infinidad de circunstancias tienen necesariamente que reputarse inexistentes, es decir, que nunca han existido, ni real ni jurídicamente, como por ejemplo, una compraventa de bienes raíces que se hiciera constar por documento privado. El acto o contrato afectado de nulidad absoluta tiene existencia real (las subrayas son mías) aunque viciosa, y por consiguiente no se puede sostener que equivalga a la nada. Ese acto o contrato crea una situación jurídica que subsiste y produce efecto hasta que se declare judicialmente la nulidad, como se deduce claramente del contexto de los artículos 1625, ordinal 8º, y 1746 del Código Civil.

'La acción de nulidad de un contrato, como que tiene por objeto destruir el vínculo de derecho formado entre los contratantes, debe ser ventilada entre las partes que concurrieron a la **formación de aquel vínculo** (subrayo), pues en derecho las cosas se deshacen, por punto general, del modo como se hacen. Si el lazo contractual no puede formarse sin la intervención de las personas que constituyen los extremos de la relación jurídica, o sea el sujeto activo y el pasivo de dicha relación, tampoco es posible desatar ese vínculo extrajudicial, ya judicialmente, sin el concurso voluntario u obligado de aquellas personas. Siendo por otra parte efecto de la declaración judicial de nulidad de un acto o contrato el de que las partes sean restituídas al estado anterior al acto o contrato nulo y el de que tengan lugar entre éstas las demás prestaciones establecidas en el artículo 1746 del Código Civil, es obvio que tal declaración no puede ser hecha sin audiencia de las respectivas partes contratantes, porque ello equivaldría a condenar a éstas sin haberlas oído y vencido en juicio.' (Número 460, tomo XXXIV de la **Gaceta Judicial**).

"**c)** Si en la segunda instancia se trajo como prueba copia de una sentencia en que se declaró nulo el contrato constitutivo de una Sociedad Agrícola y de Inmigración, esa sentencia se refiere a un contrato de **24 de marzo de 1889**; diferente del verdadero, que es de esa misma fecha, pero del año de 1899, y no fue dictada en juicio contra los contratantes, el Departamento de Antioquia y don Francisco de Villa, sino contra el Presidente de aquella sociedad; circunstancia esta última que dejaría en pie el verdadero contrato social, por no haber intervenido en el juicio dichos contratantes, quienes no han podido ser condenados sin haberlos oído y vencido en juicio.

"**d)** El contrato social es de **24 de marzo de 1899**, de tal manera que de entonces a la fecha de la sentencia recurrida, 12 de julio de este año, iban corridos más de treinta años, y que el vicio de nulidad absoluta que afectaba a aquel contrato, se saneó por el transcurso del tiempo, según la parte final del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, quedando por ello con existencia legal la sociedad; no sólo desde que el vicio se saneó, sino desde la fecha del contrato. Porque no debe perderse de vista que no habiendo el demandado contestado la demanda ni hecho gestión alguna para impugnar la existencia legal de la sociedad, no ha habido interrupción del tiempo para que se saneara el vicio de nulidad.

"Si pues conforme a las observaciones anteriores, la nulidad absoluta de que adoleciera el contrato social no pasó de los socios; si a pesar de esa nulidad el contrato quedó en todo su vigor mientras no se lo anulara por sentencia judicial, proferida en vía ordinaria en que interviniesen los contratantes o mientras éstos no lo invalidaran; si aquella sentencia no se ha proferido ni el contrato ha sido invalidado por los que lo celebraron, resulta evidente que la Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituída por la escritura número trescientos diez y nueve de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, extendida en la Notaría primera de Medellín, ha tenido existencia legal y personería jurídica y sustantiva.

"Como el demandado no contestó la demanda ni propuso excepciones perentorias, no ha sido materia del debate la ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte actora, y por eso, aunque la sentencia no lo dice, el honorable Tribunal tuvo que apoyarse en el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, para llegar a la conclusión con que puso término a su fallo.

"Como consecuencia de lo expuesto en este capítulo, resulta:

"Que la sentencia de segunda instancia al confirmar la de primera en que de oficio se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva en la personería de la sociedad demandante por inexistencia legal de la misma, violó el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, por indebida aplicación.

"Que viola por igual motivo la sentencia, los artículos 469, 470 y 472 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, porque por haberse saneado el vicio de nulidad y por no haberse anulado judicialmente el contrato, éste continuó en todo su vigor, por lo que estos artículos no debieron aplicarse, sino darse por cumplidos.

"Que el artículo aplicable al caso del pleito, es el 15 de la Ley 95 de 1890, en su última parte, por cuanto habiendo transcurrido más de treinta años desde la celebración del contrato, se saneó la nulidad.

"Que como es evidente que el vicio de nulidad se saneó por el transcurso del tiempo, la sentencia incurre en error de derecho en la estimación de la prueba que ese hecho suministra."

Nada tiene la Corte que observar a lo dicho en el punto **c)**, pues la sola lectura de la escritura social que obra a fojas 75 a 81 del primer cuaderno de este expediente, deja descartada esa cuestión. En cuanto a lo demás, se observa:

Como se ha visto, lo que se dice en los ordinales a) y **b)** de este capítulo de la demanda de casación, no es más que esto:

a) Que "la única sanción que tiene la ley para el caso de que no se registre judicialmente el extracto notarial de la escritura constitutiva de una sociedad, es la nulidad absoluta **entre los socios contratantes**"; de manera que esa nulidad no es general, sino que se contrae a los socios, y que el contrato social reviste validez para todos los que no hayan intervenido en él; y

b) Que la omisión de las expresadas formalidades "no invalida **ipso facto** ni **ipso jure** el contrato, sino que aunque viciado de nulidad absoluta, subsiste en todo su vigor, mientras judicialmente no se lo declare nulo en juicio ordinario en que intervengan como partes los contratantes, o mientras ellos no lo invaliden declarándolo así en escritura pública."

Las consecuencias que de estas proposiciones saca el recurrente al final del capítulo, es que "resulta evidente que la Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituída por la escritura pública número trescientos diez y nueve de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, extendida en la Notaría primera de Medellín, ha tenido existencia legal y personería jurídica y sustantiva."

Como en este juicio no se ha suscitado ninguna cuestión relacionada con el vínculo contractual existente entre los socios en virtud de las estipulaciones consignadas en la mencionada escritura número trescientos diez y nueve, ni con el cumplimiento de obligaciones contraídas con terceros, con quienes dichos socios hubieran contratado a nombre y en interés de la sociedad formada por medio de aquella escritura, el sentenciador no tenía por qué tratar, en la sentencia recurrida, la cuestión en que ahora se empeña el recurrente de si el referido contrato de sociedad es válido y conserva todo su vigor entre los socios contratantes y para todos los que no intervinieron en él. Esa cuestión—se repite—es perfectamente ajena al caso que contempla la sentencia en la parte que motiva este cargo: allí sólo se trata de decidir como cuestión previa si la sociedad demandante es legalmente idónea para comparecer en juicio; y, como en autos se halla suficientemente comprobado que esa sociedad no se constituyó con arreglo a derecho, puesto que en su formación se omitió el cumplimiento de las formalidades públicas y solemnes requeridas por los artículos 469 y 470 del Código de Comercio, el sentenciador estimó, fundadamente, que una sociedad irregular, formada sin la plenitud de las solemnidades legales que le son propias, no tiene personalidad para demandar en juicio; y, acorde con ese concepto, no acusado por el recurrente, declaró justificada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la sociedad demandante, y falló el pleito en consonancia con esa excepción, sin que ello entrañe desconocimento de la existencia del contrato de sociedad ni de la sociedad constituída, de hecho, en virtud de ese contrato. Son, por tanto, infundados los reparos que sobre el particular formula el recurrente.

También alega el recurrente que, como el contrato social es de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, a la fecha de la sentencia recurrida, doce de julio de mil novecientos treinta, iban corridos más de treinta años, y que, por lo mismo, el vicio de nulidad absoluta que afectaba aquel contrato, se saneó por el transcurso del tiempo, según la parte final del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, quedando con existencia legal la sociedad no sólo desde que el vicio se saneó, sino desde la fecha del contrato. Deduce de esto el recurrente que el fallo viola los artículos 469, 470 y 472 del Código de Comercio y el 2º de la Ley 42 de 1898, porque habiéndose saneado el vicio de nulidad y no habiéndose anulado judicialmente el contrato, éste continuó en todo su vigor, por lo cual no han debido aplicarse esos artículos, sino darlos por cumplidos. Violó igualmente el Tribunal— en concepto del recurrente—el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, en su parte final, por no haberlo aplicado siendo el caso, y "que como es evidente que el vicio de nulidad se saneó por el transcurso del tiempo, la sentencia incurre en error de derecho en la estimación de la prueba que ese hecho suministra."

Pero a todo esto se repite que, como no ha sido extremo de esta litis la nulidad del contrato formalizado por medio de la escritura de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, a que alude el recurrente, el sentenciador no tenía por qué entrar a dilucidar las cuestiones aquí planteadas ahora, de si la acción de nulidad que establece el artículo 472 del Código de Comercio, otorga a los que han pactado un contrato de sociedad, sin hacerlo constar por escritura pública o sin llenar las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 del mismo Código, se extingue por el transcurso de treinta años; y si como lo insinúa el recurrente, ese lapso no sólo purga el vínculo contractual del vicio que lo invalidaba entre los socios, sino que además establece la ficción de dar por cumplidas las solemnidades legales, omitidas en la formación de la sociedad. Como estas cuestiones son perfectamente extrañas al caso de autos, los cargos que de ellas deduce el recurrente, carecen de fundamento.

Es asimismo infundado el cargo de que el Tribunal, al confirmar la sentencia de primera instancia que declara probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, no habiendo sido esto materia del debate, violó, por indebida aplicación, el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, pues para desechar este cargo, basta reproducir aquí el precepto que consagra el artículo que se dice violado, que justifica plenamente el procedimiento censurado por el recurrente, pues allí se dispone que "cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida; sin embargo, respecto de la excepción de prescripción, es preciso que se alegue, cosa que puede hacerse en cualquier estado de la causa."

De todo lo dicho, se llega a la conclusión de que es infundada la acusación por el motivo consignado en este primer capítulo de la demanda y que, en consecuencia, no es casable la sentencia en cuanto confirma la de primera instancia que halla justificada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la sociedad denominada Agrícola y de Inmigración, por omisión de las formalidades prescritas en los artículos 469 y 470 del Código de Comercio; y como esto constituye fundamento suficiente para sostener el fallo recurrido, es inútil tomar en consideración los otros cargos de la demanda.

En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar la sentencia recurrida, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el doce de julio de mil novecientos treinta.

Con costas a cargo de la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—El Conjuez, **Manuel Casabienca—Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.**

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

En el libelo de demanda fechado en Bogotá el doce de noviembre de mil novecientos catorce, el doctor Pedro Alejo Rodríguez, obrando en su propio nombre y como cesionario de la señora Mary Elisabeth White, mujer viuda, vecina de la ciudad de Liverpool, en el condado de Lancaster, en el Reino Unido de la Gran Bretaña, expuso los siguientes hechos:

"1° Por escritura número 84, de diez y ocho de abril de mil novecientos uno, otorgada en la Notaría del Circuito de Ibagué, en el Departamento del Tolima, la señora Mary Elisabeth White le confirió al señor Arturo de Cambill, poder general para toda clase de pleitos y negocios.

"2° Este poder fue sustituído por el señor Arturo de Cambill al señor doctor Hernando Villa, por medio del instrumento número 242, de siete de julio de mil novecientos siete, de la misma Notaría de Ibagué.

"3° El señor doctor Hernando Villa, en ejercicio de este poder, estableció en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia reclamación a nombre de la señora Mary Elisabeth White, para que se condenara a la Nación a pagarle en su calidad de heredera de su finado esposo Thomas H. White, el valor de las expropiaciones hechas al expresado señor White durante la guerra civil habida en Colombia en el año de mil ochocientos noventa y nueve al de mil novecientos dos.

"4° El señor doctor Hernando Villa sustituyó en el doctor Félix Cortés el poder que ejercía de la señora White, por medio de memorial que dirigió al Ministerio de Relaciones Exteriores, presentado el día diez y seis de noviembre de mil novecientos nueve, con el fin de que el señor doctor Cortés terminara las gestiones de la reclamación y percibiera el valor de la condenación a que hubiera lugar.

"5° La reclamación en referencia fue decidida por el Ministerio de Relaciones Exteriores en sentencia de fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos nueve, en los siguientes términos:

'Se reconoce a favor de la sucesión del súbdito inglés Thomas H. White, representada por la señora Isabel Kirkham de White, en su doble carácter de cónyuge sobreviviente y única y universal hederera de dicho señor, como única y definitiva indemnización, por el valor de esta reclamación, la cantidad de noventa y ocho mil quinientos cuarenta pesos oro, pagaderos en vales de extranjeros.'

"6° En virtud de esta condenación, fue expedida la orden de pago número 80, de fecha veintidós de diciembre de mil novecientos nueve, girada por la cantidad de noventa y ocho mil quinientos cuarenta pesos ($ 98,540), pagaderos en vales de extranjeros, por tener el señor White el carácter de súbdito inglés.

"7° En la Tesorería General de la República se entregaron al doctor Félix Cortés vales de extranjeros por cuenta de la condenación aludida, cuyo valor ascendió a la cantidad de cincuenta y un mil cuarenta pesos ($ 51,040) oro.

"8° Esta cantidad de cincuenta y un mil cuarenta pesos ($ 51,040) oro, en vales de extranjeros, equivalía a la misma cantidad expresada en moneda efectiva de oro en la fecha en que los vales fueron recibidos por el doctor Félix Cortés.

"9° El día tres de mayo de mil novecientos once, el señor doctor Félix Cortés endosó al señor doctor Hernando Villa la parte insoluta de la orden de pago número 80, de diciembre de 1909, poniendo así este documento bajo la disposición del señor doctor Villa.

"10. Con fecha nueve de septiembre de mil novecientos once, el señor doctor Hernando Villa hizo endoso y traspaso de la parte insoluta de la orden de pago número 80, de veintidós de diciembre de mil novecientos nueve, tántas veces nombrada, cuyo valor neto el día del traspaso era de cuarenta y siete mil quinientos pesos ($ 47,500) oro, suma que quedaba por cobrar de la Tesorería General de la República, al señor doctor Julián Restrepo Hernández, cesión que hizo el doctor Villa por valor recibido y en su condición de apoderado sustituto de la señora Mary Elisabeth White.

"11. Esta cantidad de cuarenta y siete mil quinientos pesos ($ 47,500) oro, en vales de extranjeros, equivalía a la misma cantidad expresada en moneda efectiva de oro, en la fecha en que el doctor Hernando Villa cedió y traspasó por valor recibido al doctor Julián Restrepo Hernández, la parte insoluta de la orden de pago número 80, de veintidós de diciembre de mil novecientos nueve, o sea el día nueve de septiembre de mil novecientos once.

"12. Por instrumento marcado con el numeral sexto otorgado en la ciudad de Liverpool, del Condado de Lancaster, del Reino Unido de la Gran Bretaña, ante el Cónsul de Colombia en esa ciudad, de fecha catorce de septiembre del corriente año, la señora Mary Elisabeth White cedió al señor Enrique de Cambill todos los derechos y acciones contra los señores Hernando Villa y Félix Cortés o contra cualquiera otra persona o entidad, por razón de sumas de dinero recibidas por cuenta de dicha señora o por cualquiera otra causa o razón.

"13. Por escritura número 1359, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, con fecha cinco de noviembre de mil novecientos catorce, el señor Enrique de Cambill me hizo dueño efectivo de los mismos derechos y acciones que le fueron cedidos por la señora Mary Elisabeth White, según el instrumento nombrado en el hecho anterior."

Fundado en esos hechos y en las disposiciones contenidas en el Título 28 del Libro 4° del Código Civil, y en el Capítulo 4° del Libro 2° del Código Judicial y sus concordantes, que invocó como fundamentos de derecho, el demandante dijo:

"Formulo demanda contra los señores Hernando Villa y Félix Cortés, varones, mayores de edad y vecinos ambos también del Municipio de Bogotá, para que, previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se les condene a ambos en la forma en que su obligación apareciere constituída o de los dos al que resulte ser deudor, a entregarme la cantidad de cincuenta y un mil cuarenta pesos ($ 51,040) oro, en vales de extranjeros, o a cubrirme su equivalente en oro en la fecha que corresponda, con los intereses desde que se causaron a deber hasta que se verifique el pago, más las costas del juicio; y para que se condene al mismo señor Hernando Villa a entregarme además el valor que tenía en moneda efectiva de oro el

día nueve de septiembre de mil novecientos once, la parte insoluta de la orden de pago número 80, que el Gobierno de Colombia expidió el veintidós de diciembre de mil novecientos nueve, para indemnizar a la señora Mary Elisabeth White por las expropiaciones causadas a su marido Thomas H. White, en la guerra civil habida en la República del año de mil ochocientos noventa y nueve al de mil novecientos dos, parte insoluta que el doctor Hernando Villa cedió y traspasó por valor recibido y en su carácter de apoderado de la señora Mary Elisabeth White, al señor doctor Julián Restrepo Hernández, en la indicada fecha nueve de diciembre de mil novecientos once, el cual valor debe mandárseme pagar también con sus intereses, desde que se deban hasta el día del pago."

El demandado doctor Félix Cortés contestó así:

"En el reclamo iniciado contra la Nación por expropiaciones verificadas en la última guerra sobre bienes del señor Thomas H. White, fui a última hora apoderado sustituto de la señora viuda de White, de modo que a mí se me hizo la notificación de la sentencia o resolución que sobre dicho reclamo se dictó por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Además, recibí en la calidad expresada la cantidad de cincuenta y un mil cuarenta pesos ($ 51,040) en vales de extranjeros, en parte de pago de la orden número 80, de veintidós de diciembre de mil novecientos nueve, expedida por el Ministerio de Hacienda y Tesoro por la misma reclamación.

"Inmediatamente que se me entregaron los papeles, los entregué al apoderado general de la expresada señora, doctor Hernando Villa, que era quien se había entendido conmigo y me había hecho aquella sustitución para el reclamo. Junto con los papeles devolví la orden de pago que entiendo no ha sido aún completamente cubierta.

"Nada debo, pues, ni a la mencionada señora ni a nadie, por la causa expresada.

"Respecto de los hechos, en lo que me concierne, expongo:

"Acepto los hechos marcados con los numerales 1° a 7°; el 8° no es cierto; con relación al 9°, es cierto que devolví la orden al apoderado de la señora White; los marcados con los números 10 y 11 los desconozco y niego porque no me corresponden, pues yo nada tengo que hacer con la señora White ni con quien se diga su cesionario en estos particulares.

"Presento el recibo expedido a mi favor por el doctor Villa que comprende tanto la orden de pago como los vales o pagarés entregados por la causa expresada.

"Opongo la excepción de pago total."

Por su parte el otro demandado, doctor Hernando Villa, contestó la demanda negando todos los hechos en que ella se funda, y después de protestar no ser vecino de Bogotá, donde se le ha demandado, y que no prorroga la jurisdicción, continúa contestando la demanda con la siguiente exposición:

"Mr. Thomas H. White, según lo que he podido averiguar, compró a Barrios Hermanos una gran cantidad de semovientes, de los cuales quedó debiendo una suma considerable y para pagarla, su representante en ese negocio, el señor Arturo de Cambill, verificó una transacción con el señor Juan de la Rosa Barrios, como Gerente de Barrios Hermanos y conmigo, en virtud de la cual cedió gran parte de los derechos que al expresado White le correspondían contra la República de Colombia, según documentos que deben existir entre mis papeles y que no puedo presentar porque acabo de regresar al país después de una ausencia de casi dos años; pero en los voluminosos archivos que en varias ciudades tengo por razón de mis múltiples negocios, buscaré el dicho documento y lo presentaré en el término de prueba, así como la constancia de que posteriormente comprobaré el resto de los derechos que representaba el citado señor de Cambill, en la demanda contra la Nación, a que hace referencia el correspondiente libelo.

"Sobre la reclamación White se ha seguido un ruidoso proceso alegándose su falsedad, y allí parece que quien recibió casi todo el dinero pagado por el Gobierno fue el doctor Guillermo Camacho, de manera que mal puede venirse a demandar a mí por dinero procedente de reconocimiento de la Nación a Mr. Thomas H. White, y ese pleito se lo denuncio al doctor Camacho citado.

"Según sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, parece que se niega la validez del traspaso de los semovientes por venta de Barrios Hermanos a Mr. White, de manera que si esa sentencia del Tribunal se confirmara, Mr. White no tenía semovientes ningunos, sino Barrios Hermanos, y entonces sería con éstos y no con aquél con quien la Nación resultaba obligada, y mal podría la señora Mary Elisabeth White venir a reclamar derechos en ese asunto; pero tampoco lo tiene aun cuando la reclamación sea absolutamente correcta, como sinceramente creo, por las razones alegadas arriba.

"Según informes fidedignos, la señora mencionada murió con anterioridad a las fechas de las escrituras que cita el doctor Rodríguez, y si así es, resulta tal señora firmando escrituras después de muerta; pero aun cuando tales informes no se confirmaran, está fuera de toda duda que el doctor Ricardo Ochoa G., como Procurador General de la Nación, hizo declarar en Inglaterra a la que dijo llamarse Mary Elisabeth White, y en tal declaración expresó que a ella se le hizo firmar una escritura a favor del señor Enrique de Cambill, en la creencia de que otorgaba un poder, pues ella ignora el idioma español, en que estaba redactado el documento; pero que ella no ha hecho cesión a nadie de derecho alguno contra la Nación, ni contra el honorable doctor Cortés, ni contra mí, ni contra nadie, sino que ha sido engañada y estafada. La citada declaración existe en la Procuraduría General, y según ella parece que se ha cometido un delito, por lo cual suplico a usted que se digne proceder al respecto, de conformidad con lo que determina la ley.

"Por todo lo expuesto, presento las siguientes excepciones:

"Falsedad, nulidad, simulación de contrato, temor o fuerza capaz de anular el contrato, dolo, novación, pago, compensación, transacción, o arreglo privado, promesa o pacto de no pedir, cosa juzgada, prescripción, incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad en la personería, error de cuenta, orden o excusión, petición antes de tiempo o de un modo indebido, pleito pendiente y en general todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió."

El Juzgado séptimo del Circuito de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento del negocio, falló en primera instancia así:

"1º Condénase a Hernando Villa a entregar o a pagar dentro de seis días, a Pedro Alejo Rodríguez, como cesionario de Mary Elisabeth White, la suma de noventa y ocho mil quinientos cuarenta pesos ($ 98,540) en vales de extranjeros, o noventa y tres mil seiscientos trece pesos (93,613) en oro legal, o moneda corriente, que es su equivalente, conforme al dictamen pericial respectivo.

"2º Declárase probada la excepción perentoria de pago total propuesta por el demandado Félix Cortés, y en tal virtud se absuelve a éste de los cargos que se le formularon en la demanda; y

"3º Condénase al demandado Hernando Villa en las costas del juicio, las que se tasarán en la forma legal."

Por apelación del demandado subió la causa al Tribunal Superior de Bogotá, y éste, en sentencia de siete de marzo de mil novecientos veintisiete, falló de este modo:

"1º Refórmase el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido de condenar al doctor Hernando Villa a entregar o pagar, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a Alicia Bour de Cambill, cesionaria inmediata de Pedro Alejo Rodríguez y mediata de Mary Elisabeth White, la suma de veinticinco mil cuarenta pesos, en vales de extranjeros, o veinticuatro mil doscientos cuarenta y tres pesos en moneda corriente, que es su equivalente, conforme al dictamen pericial respectivo.

"2º Revócase el numeral tercero de dicha sentencia y en su lugar resuélvese que no hay lugar a condenación en costas al demandado en el juicio.

"3º Declárase que no están probadas ninguna de las excepciones perentorias propuestas por el demandado.

"4º En lo demás, o sea en cuanto al numeral segundo de dicha sentencia, queda subsistente tal numeral, por no ser materia del recurso.

"No hay costas en el recurso."

El demandado interpuso el recurso de casación que le fue concedido y que la Corte procede a fallar, por hallarlo admisible.

Alego como causal de casación—dice el recurrente—la primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y agrega:

"Para no perder la ilación ni el orden lógico que quiero llevar en esta demanda, iré demostrando separadamente en cada capítulo y en la oportunidad debida, la razón de cada una de las causales de casación alegadas, e iré exponiendo, uno a uno, los motivos en que se apoyan dichas causales, separando los de hecho de los de derecho; expresando la ley violada, el concepto en que lo ha sido, anotando la ley aplicable al caso del pleito y determinando, una a una, las pruebas mal apreciadas y la ley violada por mala apreciación de ellas."

Pero, para mejor inteligencia del asunto, en el desarrollo de la acusación, conviene reproducir aquí, por ser muy clara y completa, la siguiente relación que hace el Tribunal de los hechos acreditados en el juicio y que sirven de fundamento al fallo recurrido:

"Están establecidos de una manera plena los siguientes hechos:

"1º Que la señora Mary Elisabeth White confirió poder general en la ciudad de Ibagué al señor Arturo de Cambill para toda clase de pleitos y negociso, según consta de la escritura número 84 de diez y ocho de abril de mil novecientos uno, otorgada ante el Notario de Ibagué (folios 16 vuelto a 18 del cuaderno de pruebas del actor en primera instancia).

"2º Que Arturo de Cambill sustituyó en el señor Hernando Villa dicho poder, según aparece de la escritura número 242 de siete de julio de mil novecientos siete, otorgada en la Notaría de Ibagué (folios 18-22 del cuaderno de pruebas del actor).

"3º Que el señor Villa, en ejercicio de ese poder, estableció ante el Ministerio de Relaciones Exteriores una reclamación a nombre de María Elisabeth White, para que, como heredera de su finado esposo Thomas H. White, se le pagara el valor de las expropiaciones hechas al expresado Thomas durante la guerra civil de 1899 a 1902 (folios 7 a 8 del cuaderno citado).

"4º Que Villa sustituyó ese poder en el doctor Félix Cortés para que terminara las gestiones de la reclamación y percibiera los dineros que se obtuvieran por ella (folio 9 del mismo cuaderno).

"5º Que con fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos nueve, el Ministerio de Relaciones Exteriores falló así la reclamación:

'Se reconoce a favor de la sucesión del súbdito inglés Thomas H. White, representado por la señora María Isabel Kirkham de White, en su doble carácter de cónyuge sobreviviente y única y universal heredera de dicho señor, como única y definitiva indemnización por el valor de esta reclamación, la cantidad de noventa y ocho mil quinientos cuarenta pesos oro, pagaderos en vales de extranjeros' (folios 9 vuelto a 14 del cuaderno citado).

"6º Que en virtud de esta condenación, fue expedida a favor de la señora Mary Kirkham White la orden de pago número 80, de fecha veintidós de diciembre de mil novecientos nueve, girada por la cantidad de $ 98,540, pagadera en vales de extranjeros (folio 14 del precitado cuaderno).

"7º Que en la Tesorería General de la República se entregaron al doctor Félix Cortés, por cuenta de la señora María Elisabeth Kirkham White, el veinticuatro de diciembre de mil novecientos nueve, vales de extranjeros por un valor de $ 51,040 oro (folio 4 vuelto del cuaderno de pruebas del actor).

"8º Que con fecha veintiuno de abril de mil novecientos once, el doctor Hernando Villa declaró haber recibido del doctor Félix Cortés, en su calidad de apoderado de la señora María Elisabeth Kirkham White, inmediatamente después de que el Gobierno pagó la orden de pago número 80, de veintidós de diciembre de mil novecientos nueve, la suma de $ 51,040 en vales de extranjeros. Ese recibo por su importancia probatoria se transcribe en seguida y dice así:

'Conste que yo, Hernando Villa, vecino de esta ciudad, en mi carácter de apoderado general de la señora Mary I. Kirkham White, según escritura pública número 242, de fecha siete de julio de mil novecientos siete, otorgada en la Notaría del Círculo de Ibagué, he recibido del doctor Félix Cortés, como apoderado sustituto en parte, de la expresada señora:

'1º La suma de cincuenta y un mil cuarenta pesos ($ 51,040) en vales de extranjeros, inmediatamente después de que el Gobierno pagó parte de la orden número 80, de veintidós de diciembre de mil novecientos nueve, ex-

pedida por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, a favor de la mencionada señora, por valor de exacciones en la guerra de mil ochocientos noventa y nueve.

'2º Y también (ha sido ya) debidamente endosada en blanco la mencionada orden de pago.

'Entre paréntesis: ha sido ya. No vale.

'Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos once.

'Hernando Villa.'

"9º Que el tres de mayo de mil novecientos once, el doctor Félix Cortés endosó al apoderado de la señora Kirkham de White, doctor Hernando Villa, la parte insoluta de la orden de pago número 80, de veintidós de diciembre de mil novecientos nueve (folio 15 del cuaderno de pruebas del demandante).

"10. Que con fecha nueve de septiembre de mil novecientos once, el doctor Hernando Villa, como apoderado de la señora de White, endosó al doctor Julián Restrepo Hernández, por valor recibido, la parte insoluta de la orden de pago número 80, de veintidós de diciembre de mil novecientos nueve, parte insoluta cuyo valor neto era de $ 47,500 oro en vales de extranjeros, que era la suma que quedaba por cobrar (folio 15 del cuaderno de pruebas del actor).

"11. Que Mary Elisabeth White cedió a Enrique de Cambill sus derechos y acciones contra el doctor Hernando Villa por las sumas recibidas por este señor por cuenta de la expresada Mary, por cualquier causa o razón (folio 10 del cuaderno principal).

"12. Que Enrique de Cambill cedió a Pedro Alejo Rodríguez los mismos derechos y acciones que había adquirido de la señora White, quedando el expresado doctor Rodríguez dueño de los derechos y acciones (folios 11 y 12 del cuaderno principal).

"13. Que el doctor Pedro Alejo Rodríguez cedió a su turno esos derechos y acciones, después de dictada sentencia de primer grado y estándose tramitando la segunda instancia, a Alice Bour de Cambill (folios 9 y 11 del cuaderno número 6)."

Observa el Tribunal que, de todo lo expuesto resulta que "el doctor Hernando Villa era o es mandatario de la señora Mary Elisabeth Kirkham de White, y siendo esto así, está obligado a dar cuenta de su administración, según el inciso 1º del artículo 1281 del Código Civil, y su responsabilidad va hasta la culpa leve, artículo 2115 ibídem."

"Sentado todo lo anterior—agrega—la cuestión se reduce a averiguar cuánto recibió Villa por la reclamación White y como apoderado de la viuda de dicho súbdito inglés.

"Se ha solicitado en una de las peticiones de la demanda que se condene al señor Hernando Villa a entregarle al demandante el valor que tenía en moneda efectiva de oro el día nueve de septiembre de mil novecientos once, la parte insoluta de la orden de pago número 80, que el Gobierno de Colombia expidió el veintidós de diciembre de mil novecientos nueve para indemnizar a la señora Mary Elisabeth White por las expropiaciones causadas a su marido Thomas H. White, en la guerra civil habida en la República, del año de mil ochocientos noventa y nueve a mil novecientos dos, parte insoluta que Villa traspasó al doctor Julián Restrepo Hernández.

"El Juez de primera instancia accedió a esta petición y condenó a Villa a pagar la parte insoluta de la orden, cuyo valor es de $ 47,500 en vales de extranjeros.

"Ahora bien: esa suma no la ha pagado la Nación, ni está hoy obligada a pagarla. En efecto: el doctor Julián Restrepo Hernández, como cesionario de la parte insoluta de dicha orden de pago, demandó a la Nación para que fuera condenada al pago del resto de esa orden, o sea al pago de la suma de $ 47.500 oro, y este Tribunal, en sentencia de fecha treinta y uno de marzo de mil novecientos diez y seis (folio 8 vuelto, 25 del cuaderno de pruebas del demandado en primera instancia), absolvió a la Nación de los cargos formulados en la demanda, es decir, del pago de la parte insoluta de la mencionada orden de pago, absolución que hizo en el concepto de estar probadas las excepciones de nulidad de la obligación y falsedad del documento en que aparece el contrato que lleva fecha nueve de octubre de mil ochocientos noventa y nueve.

"El demandante Restrepo Hernández apeló de ese fallo, y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en fallo de fecha diez y nueve de junio de mil novecientos veintiséis (folios 30 a 34 del cuaderno número 13), y que el Tribunal hizo venir al juicio en virtud de un auto para mejor proveer, reformó la sentencia del Tribunal, pero absolviendo siempre a la Nación de los cargos de la demanda, y declarando no haber lugar a considerar las excepciones propuestas.

"Resulta entonces que Villa no puede ser condenado a pagar esa suma, o sea la cantidad de $ 47,500, parte insoluta de la orden de pago, porque la Nación ni la pagó ni está obligada a hacer ese pago, y aplicando los principios fundamentales de las pruebas judiciales, para el Tribunal no hay la menor duda de que Villa no recibió nada de Restrepo Hernández por el endoso de la parte insoluta de la orden, sino que fue una cesión para dar personería sustantiva a Restrepo Hernández para instaurar la acción. La obligación de Villa era entregar a su mandante la señora White lo que la Nación pagara por esa reclamación, y ya se vio que la parte insoluta de la orden de pago no fue ni puede ser cubierta.

"Villa, pues, no puede ser condenado a pagar la suma de $ 47,500 en vales de extranjeros, o su equivalente en oro, que fue la parte insoluta de la orden de pago.

"Queda entonces pendiente la otra parte de la reclamación, que sí fue cubierta, y que Villa confesó haber recibido, según recibo que ya quedó transcrito arriba."

En relación con esta otra parte de la reclamación, que fue cubierta y recibida por Villa en vales de extranjeros, el demandante hace valer los siguientes documentos:

a) El que obra a folio 6 del cuaderno número 7 de este proceso, que Arturo de Cambill, en ejercicio del "poder general y amplísimo" que le confirió Mary Elisabeth Kirkham de White, firmó con Hernando Villa y Juan de la Rosa Barrios, y que es de este tenor:

"Conste que nosotros, Arturo de Cambill, mayor de edad y vecino de Ibagué, en su carácter de apoderado general de la señora Isabel de White; Juan de la Rosa Barrios, también mayor de edad y vecino de Ibagué, en su propio nombre, y Hernando Villa, mayor de edad y vecino de Bogotá, hemos celebrado el siguiente convenio:

"1º Villa se encarga de gestionar ante el Gobierno de Colombia la reclamación a que tiene derecho la señora de

White, como viuda de su esposo señor Thomas H. White, siendo de su cargo todos los gastos, comisiones, honorarios, etc., y Cambill y Barrios ayudarán en cuanto fuere posible al buen éxito; y

"2º La suma, en la misma forma en que la pague el Gobierno, será repartida inmediatamente después en la siguiente proporción: Villa tomará el 50 por 100 por sus gastos y trabajos, y el otro 50 por 100 se repartirá por iguales partes entre Barrios y Cambill.

"En fe de lo cual firmamos dos ejemplares de un mismo tenor, en Ibagué, a seis de julio de mil novecientos siete.

"Arturo de Cambill—Hernando Villa—Juan de la R. Barrios."

b) El que obra a folio 7 del mismo cuaderno, que dice:

"Hernando Villa y Arturo de Cambill han convenido en lo siguiente:

"1º Que por documento de seis de julio de mil novecientos siete, celebraron un contrato en unión del señor Juan de la Rosa Barrios, sobre una reclamación a que tiene derecho la señora doña María Isabel White, como única heredera de su esposo el señor Thomas H. White, representada por su apoderado, el señor Arturo de Cambill.

"2º Que el producto de dicha reclamación debía distribuírse así: 50 por 100 para Villa, 25 por 100 para Barrios y 25 por 100 para Cambill.

"3º Que Cambill, por el presente, cede sus derechos a Villa, por la suma de $ 200,000 en papel moneda, que confiesa tener recibidos a su satisfacción.

"En fe de todo lo cual firma en Bogotá, a catorce de diciembre de mil novecientos nueve.

"Arturo de Cambill"

El Tribunal aprecia esos documentos, y llega a la conclusión de que Villa debe responder "de la mitad de lo que pagó la Nación por la tan debatida reclamación White, que ocupa aún la atención pública y la de los Tribunales, a pesar de hacer cerca de veinte años que fue resuelta.

"Si Villa, pues, confiesa haber recibido la suma de $ 51,040 en vales de extranjeros, debe entregarle a quien hoy representa los derechos de la viuda de White, la mitad de esa suma o su equivalente en oro, según la equivalencia fijada en este juicio por los peritos."

Esa apreciación del Tribunal motiva los cargos primero y segundo de la demanda de casación, que en seguida se examinan:

En relación con el primero de los documentos aquí transcritos, el recurrente acusa la sentencia por error de hecho y por error de derecho. El cargo por error de hecho lo funda así:

"a) En el documento firmado por Arturo de Cambill, Juan de la Rosa Barrios y el suscrito, el seis de julio de mil novecientos siete, visible al folio 6 del cuaderno número 7, consta que Cambill, 'en su carácter de apoderado,' de la sucesión y señora de White, declaró que el total de la reclamación debía ser distribuído así: 25 por 100 para Juan de la Rosa Barrios; 25 por 100 para la parte representada por Cambill, y 50 por 100 para el suscrito.

"La autenticidad de este documento quedó plenamente comprobada en los autos, y el Tribunal sentenciador así lo declara en la sentencia. A pesar de esto, y de constar en el documento que el representante de la sucesión White sólo conservó un derecho equivalente al 25 por 100 del valor de la reclamación, pues se desprendió del 75 por 100 restante, antes de que el juicio fuera instaurado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Tribunal declara en la sentencia que quienes se dicen cesionarios de la señora Isabel de White tienen derecho a un 50 por 100 del producto de la mencionada reclamación, o sea a un 25 por 100 más de la cuota expresamente estipulada en el mencionado contrato.

"Ha incurrido, pues, el Tribunal en un error de hecho evidente en la apreciación de la prueba que contiene el contrato que se hizo constar en el documento citado, porque en donde él dice el 25 por 100, el Tribunal ha leído el 50 por 100; pues no de otra manera se explica que, aceptando como acepta el Tribunal la autenticidad y validez de lo estipulado en ese documento, reconozca al demandante un 50 por 100, cuando en el contrato citado consta que a los causahabientes del demandante sólo les corresponde el 25 por 100, al tenor literal de lo allí estipulado, 25 por 100 que me transfirieron más tarde, según lo demostraré en el texto de esta demanda.

"b) Como en la parte expositiva de la sentencia no encontrare yo explicación alguna que justificara el procedimiento del Tribunal al reconocer a los demandantes un 50 por 100 sobre el total de los vales que entregó la Tesorería de la República, por cuenta de la reclamación a que se refiere el documento citado, supuse que se trataba de un error aritmético y pedí al mismo Tribunal que él fuera corregido. El Tribunal resolvió:

'El error aritmético depende de un error de cuenta, por ejemplo, una suma, una resta, una multiplicación o una división, pero no de un error de interpretación de una prueba. Así: habrá error aritmético si el juzgador suma mal dos partidas, pero no lo habrá si no da a un documento el valor que cree la parte que tiene como elemento probatorio.

'Tal cosa, o sea esto último, es lo que ha pasado en el presente juicio.

'Leyendo la sentencia detenidamente, lo que resulta de ella, es esto: que si el Tribunal estimó que Cambill, como apoderado de la señora White, podía pactar con Villa y a favor de éste un contrato de cuota litis, también estimó que su poder no iba hasta el punto de pactar para otros, dejando sin ningún derecho a la señora White. En el documento ya mencionado se pactó la cuota litis a favor de Villa, y se dispuso por Cambill del otro 50 por 100 a favor del mismo Cambill y de Juan de la Rosa Barrios, dejando sin nada a la señora White, y esto ni lo aceptó ni podía aceptarlo el Tribunal.

'Aceptó esta Superioridad el 50 por 100 pactado a favor de Villa por sus gestiones en la reclamación, pero no más, y por eso Villa fue condenado a pagar la mitad del valor de esa reclamación, mitad que es la cantidad indicada en la sentencia.

'Como se ve, la sentencia no adolece de error aritmético. Si hoy el Tribunal entrara a apreciar de nuevo el alcance del documento mencionado, entraría a reconsiderar la sentencia, lo cual le está expresamente prohibido por la ley.'

"Como se ve, el Tribunal distingue entre error aritmético y error de interpretación de prueba, y declara que en el caso contemplado por mí, en el memorial en

que pedí la corrección de error aritmético, no ha ocurrido esto, sino un error 'en la apreciación de la prueba.' Este error es de hecho y aparece de un modo evidente en los autos.

"d) Al estimar el Tribunal, como estimó, que el poder en ejercicio del cual obró Cambill al suscribir el documento que contiene el contrato de seis de julio de mil novecientos siete, no facultaba a éste para pactar en la forma en que lo hizo, reconociendo a Juan de la Rosa Barrios un 25 por 100 del valor de la reclamación, incurrió en un error de hecho evidente en la apreciación de ese poder, el cual en su parte conducente dice:

'..... compareció la señora María Isabel White, mujer viuda, mayor de edad, vecina de este Municipio y natural de Liverpool, del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, a quien conozco personalmente, de lo cual doy fe, y dijo: que instituye mandatario al señor don Arturo de Cambill, varón, mayor de edad y vecino de este Distrito Municipal, para todos los negocios en que la otorgante tenga que intervenir como viuda y única heredera de su finado y legítimo esposo el señor don Thomas H. White, súbdito inglés, cuya persona e intereses representa, o en su propio nombre, y al mismo tiempo le da poder general con libre administración.

.....

'Quinto. Para que cobre todos los créditos de la otorgante, ya en su propio nombre, ya en el carácter arriba indicado, dé los correspondientes recibos y haga extender las debidas cancelaciones, y a su vez para que pague todas las deudas de la otorgante o de la mortuoria, obtenga los recibos necesarios y exija las cancelaciones debidas.

'Sexto. Para que enajene los bienes muebles de la poderdante, y para que los dé en prenda de las obligaciones que afecten al mismo otorgante, o en mutuo o comodato.

'Séptimo. Para que enajene los bienes raíces de la poderdante.....' (Cuaderno número 3, folios 10 vuelto a 11 vuelto).

"Agréguese a lo anterior, para que resalte más el error de que vengo ocupándome, que el demandante en el hecho primero de la demanda dice:

'Por escritura número 84, de diez y ocho de abril de mil novecientos uno, otorgada en la Notaría del Circuito de Ibagué, en el Departamento del Tolima, la señora Mary Elisabeth White le confirió al señor Arturo de Cambill poder general para toda clase de pleitos y negocios. En los alegatos, tanto de primera como de segunda instancia, volvió a repetir la parte demandante que el poder otorgado a favor de Arturo de Cambill, era generalísimo para toda clase de negocios.'"

Para fundar el cargo por error de derecho, dice:

"El Tribunal me condena a pagar el 50 por 100 del valor de los vales que entregó la Tesorería General de la República. Para hacer esta condenación el Tribunal, según lo vimos en el ordinal b) del primer motivo, estimó que el poder de Cambill 'no iba hasta el punto de pactar para otros, dejando sin ningún derecho a la señora White.' Como el poder en cuyo ejercicio obraba Cambill, facultaba a éste para vender tanto los bienes inmuebles como los muebles de su poderdante y para hacer en nombre de ésta toda clase de negocios, el Tribunal erró de derecho en la interpretación del poder, desconociendo lo preceptuado en el artículo 2177 del Código Civil, en cuanto por esa disposición se autoriza al mandatario para contratar en nombre de su mandante, de acuerdo con las estipulaciones del poder. También desconoció el Tribunal el artículo 1505 ibidem, en cuanto por dicha disposición se declara que lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella, produce, respecto del representado, iguales efectos que si hubiera contratado él mismo. Estas disposiciones eran las aplicables al caso del pleito en el punto que estudio."

Observa la Corte que es un hecho evidente que por medio del documento de seis de julio de mil novecientos siete, arriba transcrito, la señora Kirkham de White, por medio de su apoderado Arturo de Cambill, ampliamente facultado para enajenar sus bienes muebles e inmuebles, enajenó el 75 por 100 del valor de la reclamación de que tratan estos autos, así: el 50 por 100 a favor del demandado Villa y el 25 por 100 a favor de Juan de la Rosa Barrios; y siendo esto así, es incuestionable que la parte demandante no tiene el derecho que le reconoce el Tribunal a reclamar del demandado el 50 por 100 del valor de esa reclamación.

Ante los términos en que está concebido el poder conferido a Cambill, no es posible sostener que éste excediera los términos de ese poder. Puede haber obrado Cambill fraudulentamente en perjuicio de su mandante, y hasta contrariando sus instrucciones privadas; pero tal proceder del mandatario no puede perjudicar a terceros, toda vez que el poder exhibido o invocado por Cambill al celebrar ese contrato, suministra suficientes elementos de convicción para creer fundadamente que él obraba dentro de los límites de su mandato; y aceptada, como acepta el Tribunal, la autenticidad de ese documento, no puede desconocerse su validez en cuanto a los derechos que allí se reconocen a favor de Juan de la Rosa Barrios, sin audiencia de éste, quien no ha sido parte en este juicio. Es, por tanto, fundado el cargo que se examina.

En relación con las apreciaciones del Tribunal, referentes al otro documento, el de catorce de diciembre de mil novecientos nueve, formula el recurrente los siguientes cargos por error de hecho:

"c) Al sostener el Tribunal que el 25 por 100 que Cambill se reservó en el contrato de seis de julio de mil novecientos siete, constituía una enajenación hecha por Cambill, como apoderado de la señora White, a favor personal de aquél, incurrió en un error de hecho evidente en la apreciación de la cláusula respectiva, porque la reserva de Cambill fue hecha a favor de la parte en cuyo nombre habló y no a favor personal de quien suscribió el documento, como apoderado de la señora White. Cambill obró en ese contrato como apoderado, y no en su propio nombre, luego donde dice Cambill está diciéndose señora White o sucesión White. Cambill pactó en contra y en favor de su poderdante. Cambill, mandatario, no puede ser confundido con Cambill, personalmente. Al sostener, como sostuvo el Tribunal, que Cambill, al contratar, tuvo el doble carácter de Cambill apoderado y Cambill personalmente, obrando en el primer carácter para enajenar los derechos de su poderdante, y en el segundo, para adquirir para sí parte de los derechos que enajenaba, hizo el Tribunal una distinción errónea, para la cual no se presta el documento, porque en él nunca habló Cambill personalmente, sino siempre como apoderado de la señora White.

"e) Como lo expliqué en el capítulo 1º de esta demanda de casación, en el año de mil novecientos nueve negocié con Cambill, en su carácter de apoderado de la sucesión White y de la señora Isabel White, el 25 por 100 que aún conservaba la parte representada por Cambill en la reclamación contra la Nación, o sea la misma cuota que dicha parte se reservó en el contrato de seis de julio de mil novecientos siete. Esa negociación la hice en Girardot por la cantidad de $ 300,000 papel moneda, que pagué a Cambill en un cheque girado a cargo del Banco de Bogotá. Desde el momento que Cambill recibió los citados $ 300,000, Barrios y yo quedamos legalmente dueños del total de la reclamación, pues la parte representada por Cambill se desprendió en mi favor del saldo que se había reservado. Deseando Cambill expedirme un título válido, escribió de su puño y letra la póliza que figura al folio 4º del cuaderno número 7, póliza que yo copié en el documento visible al folio 8 del mismo cuaderno, y que suscribió Cambill. Tanto en la póliza como en el documento se habla de que el precio de la venta eran $ 200,000, cuando yo había entregado a Cambill $ 300,000 por esta causa. Ello obedeció, como lo he explicado varias veces, a que Cambill creyó tener derecho a disminuír en el documento ese precio, con el objeto de no tener que rendir cuentas a su poderdante, sino por la suma de $ 200,000. Como legalmente para mí era lo mismo que la cesión se me hiciera por el precio de $ 200,000 o por el precio de $ 300,000, suma que había pagado por ella, puesto que tratándose de derechos personales no puede alegarse lesión enorme, convine en aceptar el título de cesión por el precio indicado por Cambill.

"Para comprobar la adquisición de ese 25 por 100, traje a los autos las siguientes pruebas:

"1º La póliza escrita de puño y letra por Cambill, que figura al folio 4 del cuaderno número 7.

"2º El documento suscrito por Cambill, cediéndome el 25 por 100 citado, que figura al folio 8 del mismo cuaderno.

"3º El documento de seis de julio de mil novecientos siete, a que hace referencia el documento citado en el punto anterior.

"4º La inspección ocular practicada por el Tribunal durante la segunda instancia del juicio, que figura a los folios 21 vuelto a 23 frente del cuaderno número...; y

"5º La correspondencia cruzada entre el señor Arturo de Cambill y el suscrito, que figura a los folios 3 a 13 del cuaderno número 9.

"f) El Tribunal desconoce mi derecho en el citado 25 por 100, y para hacer tal desconocimiento se expresa así en la sentencia acusada:

'Como descargo total de su obligación, Villa presentó el siguiente documento, que corre publicado al folio 8 del cuaderno número 7, y que dice así:

'Hernando Villa y Arturo de Cambill han convenido en lo siguiente:

'1º Que por documento de seis de julio de mil novecientos siete celebraron un contrato en unión del señor Juan de la Rosa Barrios, sobre una reclamación a que tiene derecho la señora doña María Isabel de White, como única heredera de su esposo el señor Thomas H. White, representada por su apoderado el señor Arturo de Cambill.

'2º Que el producto de dicha reclamación debía distribuírse así: 50 por 100 para Villa, 25 por 100 para Barrios y 25 por 100 para Cambill.

'3º Que Cambill, por el presente, cede sus derechos a Villa por la suma de $ 200,000 papel moneda, que confiesa tener recibidos a su satisfacción.

'En fe de lo cual, firma en Bogotá a catorce de diciembre de mil novecientos nueve.

'Arturo de Cambill'

'Mas ese documento es ineficaz para el objeto que pretende Villa, por las siguientes razones: porque no obstante el poder amplísimo dado por la señora de White a Cambill, éste no podía enajenar, como bien propio, ningún bien ni derecho de la señora White; porque si en Arturo de Cambill nunca radicó ningún derecho por concepto de la reclamación White, es claro que nada al respecto podía transferir a Villa, porque aunque la venta de cosa ajena es válida, ella nunca puede perjudicar los derechos del verdadero dueño; y la dueña de esa reclamación fue primero la señora White y hoy Alice de Cambill, pero nunca Arturo del mismo apellido, y porque lo expresado en ese documento está en absoluto desacuerdo y contradicción con lo que aparece de autos y con lo manifestado expresamente por el mismo demandado doctor Villa.'

"El primer error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal, en el párrafo de la sentencia que acabo de transcribir, consiste en afirmar que yo presenté como descargo total de la obligación que se me cobra, el documento de catorce de diciembre de mil novecientos nueve, suscrito por el señor Cambill y que el Tribunal transcribe.

"Yo he presentado ese documento como descargo de un 25 por 100 del total de la reclamación, pues del 75 por 100 restante me descargo, no en virtud de ese documento, sino por razón del contrato de seis de julio de mil novecientos siete, en el cual se desprendió la sucesión y señora de White del 75 por 100, distribuído así: 25 por 100 para Juan de la Rosa Barrios y 50 por 100 para mí. El Tribunal me reconoce el 50 por 100 de que trata el último contrato citado, pero me condena a pagar al demandante el 25 por 100 de que es dueño Juan de la Rosa Barrios, según el contrato de 1907, y que hoy me pertenece, por negociaciones que he hecho con Barrios, y el 25 por 100 que compré a la sucesión de White, y de que trata el documento tántas veces citado, de catorce de diciembre de mil novecientos nueve.

"g) Incurre en el segundo error de hecho evidente en el párrafo transcrito, al declarar el Tribunal que la cesión hecha por Cambill el catorce de diciembre de mil novecientos nueve, había sido efectuada por éste en su propio nombre, o sea que para el Tribunal, Cambill no obró allí como apoderado de la señora White, sino con independencia de tal mandato, y que, por tanto, el citado documento contiene una venta de cosa ajena que no ha sido ratificada por su dueño.

"En todos los autos consta que Cambill obraba en nombre y representación de la sucesión y de la señora de White, y no en nombre propio. Ya se estudien las pruebas aisladamente, como las estudió el Tribunal, o se estudien en su conjunto, como lo ordena la ley, es forzoso llegar a la conclusión de que Cambill obró en todo lo relacionado con la reclamación White, en nombre de la

sucesión y de la esposa del causante, y no en nombre propio, como erróneamente lo sostiene el Tribunal.

"En el documento de catorce de diciembre de mil novecientos nueve, se lee:

'Que por documento de seis de julio de mil novecientos siete, celebraron un contrato en unión del señor Juan de la Rosa Barrios, sobre una reclamación a que tiene derecho la señora doña María Isabel de White, como única heredera de su esposo, el señor Thomas H. White, representada por su apoderado el señor Arturo de Cambill.'

"Si en el documento de que vengo ocupándome se principia por invocar expresamente el contrato de seis de julio de mil novecientos siete, y si tanto en aquel documento como en este contrato se hace constar que la señora María Isabel de White, como única heredera del señor Thomas H. White, está representada por su apoderado señor Arturo de Cambill, es de toda evidencia que Cambill obró en el contrato de catorce de diciembre de mil novecientos nueve, con el mismo carácter con que obró en el contrato de seis de julio de mil novecientos siete, o sea, como lo dice tal contrato, 'en su carácter de apoderado general de la señora Isabel de White.' Al no entenderlo así el Tribunal, incurrió en un error de hecho evidente en la apreciación aislada que hizo del documento de catorce de diciembre de mil novecientos nueve.

"Cambill me vendió el 25 por 100 de que era dueña la sucesión y la señora de White, en nombre y representación de aquéllas, es decir, en nombre de su dueño, y no como el Tribunal lo afirma, en nombre propio, como quien vende cosa ajena."

A esos cargos agrega este otro, por error de derecho:

"Al sostener el Tribunal, como sostiene en la sentencia, que la cesión o venta que Arturo de Cambill me hizo del 25 por 100 de que trata el documento de catorce de diciembre de mil novecientos nueve, 25 por 100 que es el mismo que quedó radicado en la parte representada por Cambill, según el documento de seis de julio de mil novecientos siete, fue venta de cosa ajena, violó el Tribunal, por no haberlas aplicado al caso del pleito, las siguientes disposiciones del Código Civil:

"El artículo 1622, en cuanto ordena interpretar las cláusulas de un contrato 'por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.' En el contrato de catorce de diciembre se invocó expresamente el contrato de seis de julio de mil novecientos siete. Por tanto, para interpretar aquel contrato es forzoso tener en cuenta éste, o sea el de seis de julio de mil novecientos siete, pues ambos contratos versan sobre la misma materia y proceden de las mismas partes. Si el Tribunal hubiese compaginado los dos contratos, estudiándolos y analizándolos en su conjunto, forzosamente habría tenido que argumentar así: por medio del contrato de seis de julio de mil novecientos siete, Cambill, como apoderado de la sucesión y señora de White, transmitió a los señores Hernando Villa y Juan de la Rosa Barrios el 50 y el 25 por 100, respectivamente, del valor de la reclamación que se proyectaba contra el Gobierno Nacional, y se reservó para su cliente el 25 por 100; el mismo Cambill, por documento de catorce de diciembre de mil novecientos nueve, después de referirse al contrato de seis de julio de mil novecientos siete, cedió a Villa el 25 por 100 que Cambill, como apoderado de la sucesión y señora de White, se había reservado para su poderdante en el citado contrato. Dedúcese de lo expuesto que Cambill, como apoderado de la sucesión y señora de White, y con expresa facultad de su poderdante, enajenó el total de la reclamación, así: un 75 por 100 para Villa y un 25 por 100 para Juan de la Rosa Barrios. Así ha debido argumentar el Tribunal, si no quería violar la ley sustantiva, ni apartarse de la verdad de los hechos ni desconocer el mérito de las pruebas, y así espero que vosotros argumentéis al dictar la sentencia que habrá de reemplazar la acusada y al estudiar las respectivas causales de casación."

Se observa:

Si en la mente de Cambill y de Villa hubiera estado, cuando suscribieron el documento de catorce de diciembre de mil novecientos nueve, que por lo estipulado en el documento de seis de julio de mil novecientos siete, toda la reclamación White pasara a ser de ellos y de Barrios, esto es, que el 25 por 100 que allí se reservó Cambill, no ha de entenderse reservado para la parte a quien representaba en ese acto sino para él en particular, y que, por tanto, esa estipulación se hizo "dejando sin nada a la señora White," como lo aprecia el Tribunal, no habría dicho en aquel documento (el de mil novecientos nueve), "que por documento de seis de julio de mil novecientos siete celebraron un contrato en unión del señor Juan de la Rosa Barrios sobre una reclamación **a que tiene derecho** la señora María Isabel de White."

La forma del verbo usada en la proposición final de esta oración, en presente de indicativo, tiene su significado fundamental, que precisa la intención de los contratantes, quienes así reconocieron la existencia del derecho de la señora María Isabel de White en la reclamación White, en el momento en que otorgaron el documento de catorce de diciembre de mil novecientos nueve. Ese derecho no podía ser otro que el equivalente al 25 por 100 del valor de la reclamación que Cambill, obrando en representación de la expresada señora de White, se reservó en el contrato de seis de julio de mil novecientos siete, a que hizo referencia en éste de que ahora se trata.

Por esto y por las razones de derecho que aduce el recurrente, la Corte estima fundada la acusación y casable la sentencia recurrida, sin que sea necesario tomar en consideración los otros motivos aducidos por el autor del recurso.

En tal virtud, 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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el siete de marzo de mil novecientos veintisiete, y en su lugar resuelve:

1° Revócase la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el Juzgado 7° del Circuito de Bogotá el veinticinco de julio de mil novecientos veintidós.

2° Declárase probada la excepción perentoria de pago total propuesta por el doctor Félix Cortés.

3° Absuélvese a los demandados de todos los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.**

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Miguel Montoya y Georgina Montoya Mayenverger demandaron a Gustavo Gómez para que se decidiera:

"**a)** Que queda rescindido por causa de lesión enorme, el contrato que expresa la escritura número 729, de doce de junio de mil novecientos veintiséis, otorgada ante el Notario 1º de este Circuito, escritura por la cual el señor Manuel Montoya C., le dio en venta al señor Gustavo Gómez un lote de terreno ubicado en el barrio de El Calvario, de esta ciudad, con una cabida de veinte fanegadas o plazas, y alinderado así:

'Por el Oriente, callejón de por medio, con mangas de Rodolfo Espada y Manuel Pérez; por el Occidente, con mangas de Manuel Esteban Herrera y Alfonso Firmat; por el Norte, con mangas del doctor Pablo García A., la Compañía del Tranvía de Cali, hoy de propiedad del Distrito, y con propiedad de los herederos del señor José Joaquín Caicedo Rodríguez, y por el Sur, callejón de por medio, con propiedad de Manuel Candelario Pretel.'

"**b)** Como el señor Gustavo Gómez, puede a su arbitrio optar, o bien por la rescisión del contrato o bien por la integración del justo precio, se le obligue a estas prestaciones, si opta por lo primero.

"**a)** A entregar el lote materia del contrato de compraventa, a la herencia del señor Manuel Montoya C. o a sus sucesores legales, tres días después de ejecutoriada la sentencia definitiva.

"**b)** A entregar a la herencia del señor Manuel Montoya C. o a sus sucesores legales, los frutos civiles percibidos y que hubiere podido percibir la parte actora, con mediana inteligencia y cuidado, si el lote hubiere estado en su poder, desde la contestación de la demanda.

"Parágrafo. Si la cuantía de frutos no pudiere determinarse en este pleito, que se deje el derecho a salvo para determinar su valor en juicio aparte.....

"**c)** Que el lote se entregue purificado de las hipotecas y otros derechos reales que se hubieren constituído sobre él.

"Si el demandado, señor Gustavo Gómez, opta por la no rescisión del contrato, pido a usted que le condene entonces a estas prestaciones:

"**a)** A pagar dentro de seis días después de ejecutoriada la sentencia definitiva, a la herencia de Manuel Montoya C. o a sus sucesores legales, la suma de pesos equivalente a la diferencia que existe entre el valor del contrato cuya rescisión se declara y el justo precio fijado al lote en este juicio, menos la décima parte de esa diferencia.

"**b)** Al pago de los intereses legales desde la contestación de la demanda.

"**c)** Si el demandado, señor Gustavo Gómez, se opusiere a la rescisión, o mejor dicho, a la prosperidad de esta acción, que se le condene en las costas de la litis."

El Juez de la causa absolvió a la parte demandada de todos los cargos de la demanda, y apelada esta sentencia por los litigantes, el Tribunal Superior de Cali, que conoció de la alzada, confirmó el fallo materia del recurso, sin costas, por haber apelado ambas partes.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el representante de los demandantes, y como el recurso está ajustado a la ley, se estudia.

El primer reparo que el recurrente le hace a la sentencia consiste en el quebrantamiento del artículo 1947 del Código Civil, por no haberle dado aplicación el Tribunal al caso del pleito.

Este artículo preceptúa que el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende, artículo éste que el Tribunal tuvo en consideración, y que aplicó, porque los actores no comprobaron que el precio que recibieron por la venta del lote hecha a Gómez fuera inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida.

Para demostrar su acción ocurrieron a la prueba pericial, y los peritos, por mayoría, fijaron el valor del inmueble en veinte mil pesos ($ 20,000) al tiempo del contrato, precio igual al que recibieron los vendedores. La exposición de los peritos fue objetada por error esencial e ignorancia, pero las objeciones no prosperaron, y así se resolvió por auto que quedó ejecutoriado.

El sentenciador plantea este dilema:

"O ese dictamen tiene el valor de plena prueba o no lo tiene, y en ambos casos se impone la absolución del demandado. Si lo primero, porque habiéndose vendido el inmueble por un precio que era justo al tiempo del contrato, es un imposible absoluto la lesión enorme; y lo segundo, porque según el artículo 542 del Código Judicial, el demandante es el que debe dar la prueba sobre el hecho o la cosa que negara el demandado."

Así, pues, si se estima el peritazgo como prueba, el inmueble valía al tiempo del contrato veinte mil pesos ($ 20,000), suma ésta que recibieron los compradores, y por ello no pudieron sufrir lesión enorme. Si no se acepta el peritazgo, los actores no han comprobado que el precio recibido por él fuera inferior a la mitad del justo precio al tiempo del contrato, y por consiguiente hay que absolver al demandado.

Se dice también por el recurrente que el Tribunal cometió error de hecho en la apreciación de las pruebas, pero es lo cierto que el recurrente no cita esas probanzas, y se limita a decir que ellas constan en escrituras públicas, sin precisarlas.

El sentenciador, fuera del argumento capital y base primordial de la sentencia, que lo fue la prueba pericial, para reforzar su fallo, dijo incidentalmente que el hecho de que el lote comprado a Manuel Montoya por Gómez hubiera sido hipotecado al Banco de Colombia por la suma de sesenta mil pesos ($ 60,000), no implicaba que el lote vendido por los demandantes tuviera, al tiempo del contrato, un valor que sobrepujara al de veinte mil pesos ($ 20,000).

Así se expresa el Tribunal:

"A juicio de la Sala, el demandado está en lo cierto, porque el lote comprado a Manuel Montoya no es el único que aquél hipotecó a favor del Banco de Colombia como garantía del préstamo en referencia. La hipoteca pesa también sobre el lote comprado a Marcelino Talero en cincuenta mil pesos ($ 50,000).

"Y si se arguye que este segundo lote fue vendido en la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50,000) el doce de junio de mil novecientos veintiséis, el que fue de Monto-

ya tenía el mismo valor en la citada fecha, la conclusión es falsa, porque para ello sería necesario que constara que los dos lotes son semejantes, si no iguales, y que asímismo lo fueron las circunstancias de orden económico que concurrieron en la celebración de una y otra compraventa."

No está, pues, demostrado que el lote comprado a Montoya fuera el único hipotecado al Banco, y aun suponiendo que ese lote fuera el único dado en garantía de la obligación, el precio que se le fijó en la hipoteca no implica necesariamente que él fuera el que tuviera en el momento en que Gómez celebró el contrato con los demandantes, ni esa escritura de hipoteca sirve como prueba directa y capaz de anular el dictamen pericial para concluír que el lote valiera más de veinte mil pesos ($ 20,000).

No prosperan, pues, las acusaciones del recurrente, ni por el quebrantamiento de los artículos citados ni por error de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas.

Por tanto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha nueve de diciembre de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

Esta sentencia se extiende en papel común, porque la parte obligada no ha suministrado el correspondiente papel sellado.

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Por documento privado de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintiséis, Ezequiel Hoyos dio en arrendamiento a la Compañía de Gaseosas Ramírez una casa, ubicada en la ciudad de Cali, por el término de dos años, a contar del día once de dicho mes. En tal contrato se estipuló la siguiente cláusula:

"En este estado hacemos constar: que este contrato empezará a regir no desde el primero del presente mes, sino del día once en adelante; que el arrendatario (sic), señor Hoyos se compromete, en caso de venta o enajenación de la propiedad, a responder a la Compañía por el valor de este contrato, estimado en tres mil trescientos sesenta pesos ($ 3,360)."

El representante de la Compañía de Gaseosas Ramírez demandó a Hoyos, por haber vendido la casa arrendada antes de vencerse el contrato, ante el Juzgado 2º del Circuito de Cali, y pidió se le condenara a pagar la suma de $ 3,360, los intereses de esta suma y las costas del juicio.

El Juez de la causa, en sentencia de veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta, resolvió el pleito así:

"Primero. Condénase al señor Ezequiel Hoyos a pagar a la Compañía de Gaseosas Ramírez o a su representante, tres días después de notifcado de esta sentencia, la suma de tres mil trescientos sesenta pesos ($ 3,360) moneda corriente, como valor de la multa o pena estipulada en el contrato que consta en el documento privado de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintiséis, por haber vendido el señor Hoyos la casa materia del contrato de arrendamiento antes de la expiración de éste.

"Segundo. El señor Hoyos pagará igualmente a la nombrada Compañía los intereses legales de la cantidad a que se refiere el punto anterior, desde el día del otorgamiento de la escritura de venta de la casa arrendada, o sea desde el treinta y uno de marzo de mil novecientos veintiocho en adelante hasta el día del pago; y

"Tercero. Se condena al expresado señor Hoyos al pago de las costas de este juicio."

Por apelación del demandado, el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos treinta, confirmó el fallo del Juez.

Contra esa sentencia, la misma parte interpuso casación. El recurso fue resuelto por la Corte en sentencia de veintiocho de abril del presente año, así:

"1º Casar la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cali, con fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos treinta.

"2º Se dicta auto para mejor proveer con el objeto de que se traiga al juicio copia notarial de la escritura número 563, de treinta y uno de marzo de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría 1ª de Cali, por la cual el señor Ezequiel Hoyos vendió a la señora Clemencia Restrepo Arboleda la casa que había arrendado a la Compañía de Gaseosas Ramírez, para lo cual se librará el correspondiente despacho al señor Notario 1º de Cali, previa citación de las partes."

Librado el despacho y devuelto éste debidamente diligenciado, es la oportunidad de pronunciar el fallo que corresponde, lo que procede a hacer la Corte, previas las siguientes consideraciones:

El documento privado de que se ha hecho mención, en el cual consta el contrato de arrendamiento celebrado entre Ezequiel Hoyos y la Compañía de Gaseosas Ramírez, fue presentado con la demanda, obró en los autos del juicio con conocimiento de Hoyos y de sus apoderados, sin haber sido objetado o redargüído de falso por ellos. Antes al contrario, en las posiciones que el demandado Hoyos pidió ante el Juez 3º del Circuito de Cali al representante de la Compañía de Gaseosas Ramírez, reconoce el documento como legítimo, al formular las preguntas 4ª, 5ª, 6ª y 7ª. Y el apoderado del demandado, en el alegato de segunda instancia, dice:

"Dos elementos eran inicialmente indispensables para proferir un fallo favorable a la parte demandante:

"**a)** La prueba legal de la existencia de la estipulación penal exigida a mi parte; y

"**b)** La prueba legal de la enajenación que se aduce para exigir la pena.

"El actor dio legalmente el primer dato con el documento privado de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintiséis."

La estipulación contenida en el contrato de arrendamiento, transcrita arriba, constituye una cláusula penal. Ahora bien: con la copia registrada de la escritura número 563, de treinta y uno de marzo de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría de Cali, se comprueba plenamente que Ezequiel Hoyos vendió a Clemencia Restrepo Arboleda, antes de vencerse el contrato, la propiedad que había dado en arriendo a la Compañía de Gaseosas Ramírez.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º Confírmanse los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juez 2º del Circuito de Cali, con fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta.

2º Revócase el numeral 3º de la misma sentencia.

3º Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado, ponente, doctor Jiménez).

En escrito que fue repartido al Juzgado 2º en lo Civil del Circuito de Medellín, Pedro J. Jaramillo demandó por medio de apoderado a los cónyuges Samuel Restrepo y Adelaida Angel de Restrepo, a la Mutualidad Nacional, sociedad anónima, representada por su Gerente Tomás Uribe W., y a Mario Restrepo G., para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se declare lo siguiente:

"1º Que el inmueble rematado por el señor Pedro Jaramillo ante el señor Juez 4º de este Circuito en lo Civil, con fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos veintiséis, y cuya diligencia fue registrada el diez y siete de julio del mismo año (1926), es propiedad del dicho señor Jaramillo J.

"2º Que los cónyuges, señores Restrepo G. y Angel de R., están obligados a restituír el inmueble expresado a mi poderdante señor Jaramillo J., dentro del término legal o el que usted les fije, y a restituír los frutos naturales y civiles en las condiciones del artículo 964 del Código Civil.

"3º Que es nulo el contrato de hipoteca constituída por la cónyuge señora Adelaida Angel de R., en favor de la Mutualidad Nacional, por escritura número 371, de nueve de marzo de mil novecientos veintiuno, de la Notaría 2ª de este Circuito.

"4º Que es nulo el contrato de hipoteca constituída por la cónyuge señora Adelaida Angel de R., en favor de la Mutualidad Nacional por escritura número 1536, de diez y siete de octubre de mil novecientos veintiuno, de la Notaría 2ª de este Circuito.

"5º Que es nulo el contrato de hipoteca constituída por la cónyuge señora Adelaida Angel de R., en favor del señor Mario Restrepo G., por escritura número 405, de dos de marzo de mil novecientos veinticinco, de la Notaría 4ª de este Circuito.

"6º Que debe concelarse el registro de las citadas escrituras constitutivas de las referidas hipotecas."

Expresa en seguida el actor los hechos en que apoya la demanda y las disposiciones legales en que la funda.

El Juzgado, en sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos veintiocho, falló el pleito, reconociendo que estaba probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido.

El Tribunal Superior de Medellín falló en segunda instancia el recurso de apelación que contra la sentencia de primer grado interpuso el señor Samuel Restrepo, el dos de febrero de mil novecientos treinta y dos, confirmando la del Juez a quo.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación el apoderado de los cónyuges Samuel Restrepo y Adelaida Angel de Restrepo, el cual le fue concedido por el Tribunal.

Llegados los autos a la Corte, se repartió por adjudicación el presente negocio a uno de los suscritos Magistrados, el veinticinco de mayo del año en curso.

Antes de haberse hecho ese repartimiento, se presentó personalmente a la Secretaría un escrito, por los señores Pedro Jaramillo y Samuel Restrepo, en el cual dicen:

"De común acuerdo hemos convenido en desistir, y desistimos simplemente y sin condición alguna, el primero de nosotros, de la acción civil con que se instauró el mencionado juicio ordinario, y el segundo, del recurso de casación que su apoderado interpuso en el Tribunal nombrado.

"Restrepo G. habla en su propio nombre y en representación de su legítima esposa, señora Angel de Restrepo.

"Y solicitamos de común acuerdo que no haya condenación en costas por el hecho de los desistimientos que formalmente hacemos."

Sólo interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, el apoderado de los cónyuges Samuel Restrepo y Adelaida Angel de Restrepo, de manera que el primero de éstos, quien habla en su propio nombre y como representante legal de su esposa, es persona apta y capaz para desistir del recurso.

Respecto de la desistencia de la acción, se observa:

De acuerdo con el artículo 461 del Código Judicial, las partes pueden, separada o conjuntamente, desistir del pleito, reconvención, incidente o recurso que hayan propuesto; desistimiento que, como lo previene el inciso 2º de esa disposición, debe hacerse ante el Juez que esté conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trate.

La Corte—como es sabido—sólo conoce del recurso de casación y no del juicio; de consiguiente, ante ella apenas puede desistirse de este recurso. Fue ésta la doctrina constante de la Corte por mucho tiempo, cuando aún estaba vigente el Código Judicial adoptado por la Ley 57 de 1887. Posteriormente modificó esa doctrina, permitiendo que ante ella pudiera desistirse no sólo del recurso de casación que se hubiera concedido, sino también del juicio principal. Esa doctrina de la Corte no ha sido aceptada por el Código Judicial vigente, pues claramente expresa la disposición del artículo 461, que el desistimiento debe hacerse ante el Juez que esté conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trate.

Como la Corte sólo conoce del recurso de casación, no tiene ella jurisdicción, de conformidad con el artículo citado, para decretar la desistencia de la acción.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, resuelve:

1º Admítese el desistimiento del recurso de casación interpuesto por los cónyuges Samuel Restrepo y Adelaida Angel de Restrepo contra la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, el dos de febrero de mil novecientos treinta y dos, la que, en consecuencia, queda ejecutoriada.

2º No es el caso de decretar la desistencia de la acción que dio origen a este pleito, pedida por el demandante, señor Pedro J. Jaramillo.

3º Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto trece de mil novecientos treinta y dos.

En tiempo oportuno, el apoderado del recurrente reclamó de la condenación en costas que se pronunció en este asunto, en la sentencia de fecha tres de junio del presente año.

De acuerdo con el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, el recurso se rige por la ley vigente al tiempo de interponerlo. Por consiguiente, la ley aplicable a este recurso es el antiguo Código Judicial, bajo cuyo imperio se interpuso.

Es doctrina constante y uniforme de la Corte, no condenar en costas cuando hay uno o más salvamentos de votos. En la sentencia en referencia hubo un salvamento de voto.

En armonía con lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 169 de 1896, la sentencia definitiva no puede ser revocada ni reformada por el mismo Juez o Tribunal que la pronuncie, salvo en lo relativo a frutos, réditos, intereses, perjuicios y costas.

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, revoca el numeral 2º de la sentencia de fecha tres de junio de mil novecientos treinta y dos, en que se condenó a la parte recurrente al pago de las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Fredonia, el señor Antonio José Hoyos, como apoderado de los señores Juan A. Cadavid, Marco A., Víctor, María del Carmen y Julia Arteaga, y Cecilio Salazar, casado con María del Carmen, demandó al señor Félix A. Llano, para que por sentencia definitiva, dictada en juicio ordinario, se declarase lo siguiente:

"**a**) Que mis poderdantes Cadavid y Arteagas son dueños de una acción y derecho de setenta cuadras proindiviso con el señor Félix A. Llano, dentro de un lote de terreno que le fue entregado a éste en virtud de una transacción con los herederos de don Joaquín González R., y que mide cien cuadras, acción y derecho que les había arrebatado Llano a los expresados dueños. Los linderos del terreno dentro del cual están las cien cuadras proindiviso entre los señores Cadavid, Arteagas y Llano, son así:

"Por cabecera con el camino que gira para La Loma o para Bolívar; por un costado, con predio de herederos de Joaquín González R.; por el pie con tierras de los mismos herederos de González R.; sigue lindando con la quebrada **Sucia**, con predios de Juan A. y Jesús Cadavid, hasta el punto en que el camino de Bolívar o La Loma, cruza la quebrada **Sucia**, frente al nacimiento de ésta en una laguna."

Las setenta cuadras les corresponden a mis poderdantes en número de cincuenta para el señor Cadavid, y veinte para los señores Arteagas, en acción y derecho proindiviso con el señor Félix Llano, poseedor de las ciento.

"**b**) Que como consecuencia de la declaración anterior, el demandado Llano está en la obligación de restituír a mis poderdantes Cadavid y Arteagas, dentro del término legal, la expresada cuota de setenta cuadras proindiviso con el mismo Llano, dentro del terreno delimitado en el numeral anterior;

"**c**) Que la restitución de la expresada cuota de setenta cuadras debe hacerla el señor Llano con los frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos, sino los que mis poderdantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia estando la cosa en su poder;

"**d**) Que el demandado debe pagar las costas del juicio si se opone a él temerariamente."

Esta demanda fue reformada en el sentido de que se hicieran las declaraciones siguientes:

"I. Que mis poderdantes Cadavid y Arteagas son dueños de los terrenos descritos y alinderados en los hechos **b**) y **c**) de esta petición, que contienen, el primero, cincuenta y el segundo veinte cuadras de terreno.

"II. Que subsidiariamente mis poderdantes Cadavid y Arteagas son dueños de las cuotas a que alude la petición señalada en la demanda principal, con la letra **a**).

"III. Que como consecuencia de la declaración primera de esta reforma o solicitud de aclaración, el demandado señor Llano está en el deber de restituír a mis poderdantes Cadavid y Arteagas, dentro del término legal, los expresados lotes de terreno de que tratan los hechos **b**) y **c**) de este memorial.

"IV. Que subsidiariamente el señor Llano está en el deber de entregar las cuotas de que trata la letra **b**), petición de la demanda principal, esto como consecuencia de la declaración marcada con el número II en este memorial.

"V. Que la restitución de que tratan los numerales III y IV de esta corrección, debe hacerla el señor Llano con sus frutos naturales y civiles, y no solamente los perci-

bidos sino los que mis poderdantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad estando la cosa en su poder.

"Los demás hechos y peticiones tal como se dijo en la demanda principal."

En el escrito de reforma expresó el señor Hoyos que sólo hacía uso del poder del señor Juan A. Cadavid, y que la demanda la dirigía únicamente por su cuenta, de suerte que no hablaba en nombre de los señores Arteagas.

Se fundó el actor en los artículos 946, 947, 949, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 965, 969, y en treinta hechos que no se transcriben porque serán materia de análisis en la acusación a la sentencia de la segunda instancia.

Contestó el demandado rechazando las pretensiones del actor y negando la mayor parte de los hechos. Además, opuso las excepciones de cosa juzgada, petición indebida, nulidad de los contratos en que se funda el derecho de los demandantes, carencia de personería sustantiva y prescripción adquisitiva, ordinaria y extraordinaria.

El Juez del conocimiento falló así la controversia:

"No se accede a lo solicitado en el libelo de demanda de veintidós de abril de mil novecientos veintisiete, ni en la de veintiuno de junio de mil novecientos veintiséis, ni en lo principal, ni en lo subsidiario.

"Sin costas."

El Tribunal Superior de Medellín revocó esta sentencia y en su lugar decidió:

"1º No están probadas las excepciones perentorias propuestas.

"2º No es el caso de acceder a la petición principal de la demanda corregida de veintidós de abril de mil novecientos veintisiete.

"3º En cuanto a la petición subsidiaria, se declara que Juan A. Cadavid, Marco A., Julia, Víctor y Carmen Arteaga, tienen un derecho de setenta cuadras proindiviso en un globo de terreno de cien cuadras que posee el señor Félix A. Llano, situado en el Distrito de Venecia, y que linda:

"Por cabecera, con el camino que gira para la Loma o para Bolívar; por un costado, con predio de herederos de Joaquín González R.; por el pie, con tierras de los mismos herederos de González R.; sigue lindando por la quebrada **Sucia**, con predios de Juan A. y Jesús Cadavid, hasta el punto en que el camino de Bolívar o La Loma cruza la quebrada **Sucia** en un punto frente al nacimiento de ésta en una laguna.

"4º No es el caso de ordenar la entrega material de esas setenta cuadras; queda a salvo el derecho que tenga Cadavid y los Arteagas para ejercer los derechos que confiere la ley a los comuneros.

"5º Se condena a Llano a restituir a Cadavid y a los Arteagas los frutos naturales y civiles percibidos y que éstos hubieren podido percibir desde la fecha de la contestación de la demanda.

"No se hace especial condenación en costas."

Contra esta sentencia el personero del demandado interpuso recurso de casación ante la Corte, que ésta admite por hallarlo ajustado a las prescripciones legales, y procede a resolver, previas las siguientes consideraciones:

El Tribunal hace un largo y laborioso estudio de todos los títulos presentados por la parte actora para comprobar el dominio de las setenta cuadras de terreno que son objeto de la reivindicación, y el recurrente apunta que en su sentir no hubo necesidad de que el Tribunal analizara los títulos anteriores a los exhibidos por los demandantes como documentos que directamente los hacen aparecer, según ellos, como dueños de lo que pretenden reivindicar, porque tratándose, como se trata, de una acción de dominio, lo único importante para fallar con acierto, era averiguar si estos últimos documentos justifican el dominio en favor de los actores.

No obstante, el recurrente combate los títulos más remotos que son las escrituras números 163 de primero de agosto de mil ochocientos ochenta y dos, otorgada ante el Secretario Municipal del Distrito de Amagá, por la cual Ruperto Echeverri vendió a Lino María Trujillo el globo de terreno que comprende las cien cuadras, objeto del pleito, y la 165, de la misma fecha, que reza la venta hecha por Trujillo a Juan Echeverri, de las referidas cien cuadras. Sobre estos títulos dijo el Tribunal:

"En su parte esencial puede estimarse la escritura número 165, de primero de agosto de mil ochocientos ochenta y dos, otorgada ante el Secretario del Concejo Municipal de Amagá, pues allí hay constancia de la venta que hizo Lino Trujillo a Juan Echeverri de cien cuadras de terreno. Los linderos están completos. Y en cuanto a lo que le falta a la copia de la escritura número 163, otorgada el mismo día, puede considerarse que los linderos generales que esa escritura debió rezar, son los mismos a que alude la escritura número 165, en vista del tenor de las copias.

"Por lo demás, la parte demandada no ha objetado nada en relación con esas copias truncas; las ha aceptado."

Alega el autor del recurso contra este razonamiento, la primera causal de casación, y acusa la sentencia por los siguientes motivos:

"**a**) En el capítulo I examina la sentencia recurrida las escrituras de los folios 1º y 2º del cuaderno principal, y aun cuando reconoce que los originales en el protocolo están rotos en varios puntos sustanciales, y, por consiguiente, que a las copias traídas a los autos les falta lo que no tienen aquellos por el defecto apuntado, las admite como plenas pruebas.

"Esto implica evidentemente un error de derecho de parte del Tribunal en la apreciación de la prueba que suministrarían dichas escrituras para acreditar los hechos 1º y 2º de la demanda, e implica también violación del artículo 710 del Código Judicial, tanto más cuanto que no hay prueba de que esas escrituras fueran rotas sin intervención ni culpa de los interesados. El que el demandante no hubiera hecho ningún reparo a esas escrituras al contestar la demanda, no las libra del defecto que tienen; el punto es de derecho, y la ley no se cambia por el silencio de una de las partes.

"No están, pues, probadas las compraventas de que hablan dichas escrituras, ni por consiguiente, que los compradores hubieran adquirido el dominio de lo que trataron de comprar, y si no lo adquirieron, no ha podido transmitirse por los sucesivos vendedores a los sucesivos compradores, entre los cuales se cuentan los demandantes, pues nadie puede transmitir lo que no tiene, y porque no hay prueba de que alguno de los sucesivos

vendedores o compradores lo haya ganado por prescripción.

"Por consiguiente, al reconocerles el Tribunal el dominio a los demandantes, viola directamente los artículos 740 y 752 del Código Civil de la República o los artículos 756 y 768 del Código Civil de Antioquia, vigente cuando se celebraron aquellos contratos, artículos estos dos últimos, que son absolutamente iguales a los dos primeros."

..

Se considera:

Conforme al artículo 710 del Código Judicial, son los documentos rotos en parte sustancial de su contenido. los que no deben ser admitidos como prueba, y basta observar que el Tribunal principia manifestando que en su parte esencial puede considerarse la escritura 165, de primero de agosto de mil ochocientos ochenta y dos, pues allí hay constancia de la venta que hizo Lino Trujillo a Juan Echeverri de cien cuadras de terreno, y que los linderos están completos. Y respecto de la escritura número 163, expone que los linderos que esta escritura debió rezar, son los mismos a que alude la escritura número 165, en vista del tenor de las copias.

Si en concepto del recurrente, los documentos expresados están rotos en la parte sustancial, debió acusar la apreciación que el sentenciador hizo en contrario, por error de hecho que llevara a la violación indirecta del artículo 710 del Código Judicial, y las disposiciones del Código Civil invocadas.

Respecto de la primera escritura, que contiene la venta hecha por Ruperto Echeverri a Lino María Trujillo, cita el autor del recurso una sentencia del Tribunal Superior de Antioquia en un juicio de tercería excluyente, por la cual se declaró que había sido simulado el contrato que dicha escritura contiene, por lo cual no puede alegarse hoy como antecedente del dominio.

De manera, concluye el autor del recurso, que según esa sentencia, que aparece debidamente registrada, en el folio 97 del cuaderno de pruebas del actor en la segunda instancia, contra lo que sostiene el fallo recurrido en su capítulo XII, por razón de la nulidad absoluta del remate verificado por Ruperto Echeverri y de la venta de éste a Lino María Trujillo, no hubo transmisión del dominio por ninguno de esos actos, y consecuencialmente, en ninguna de las enajenaciones posteriores, hasta llegar a las hechas a los demandantes, porque los vendedores no habían adquirido.

Así que, estudiando el asunto por este aspecto, se llega a lo visto en el punto que precede, más esto otro: que el Tribunal incurrió en error de hecho que aparece de modo evidente en los autos, al afirmar que la sentencia transcrita en parte, no hace fe porque se registró en Fredonia, y no en Venecia, que era donde debía inscribirse en la fecha en que se registró.

Considera la Corte que el Tribunal tuvo tres razones para desestimar los reparos hechos al contrato de compraventa celebrado entre Lino María Trujillo y Ruperto Echeverri, según la escritura número 163 de mil ochocientos ochenta y dos, de las cuales sólo combate una el recurrente, la del registro indebido, de modo que quedan en pié las demás suponiendo que fuera errada la apreciación al respecto.

En efecto, dijo el Tribunal refiriéndose a la sentencia que el autor del recurso invoca:

"Es de observar:

"a) Que la Corte Suprema de Justicia admitió el desistimiento que del recurso de Casación interpuso Lino Trujillo, quien expresó ante la Corte haber transigido el pleito;

..

"b) Que la copia de la sentencia no hace fe porque fue registrada en mil novecientos veintisiete, en Fredonia, en el libro número primero, en circunstancias que la finca pertenece desde antes de mil novecientos veintisiete, al Circuito de registro de Venecia; y

"c) Que la sentencia no perjudica sino a las partes litigantes, en ningún caso a terceros, salvo casos especiales, y que en este mismo principio se fundó este mismo Tribunal en sentencia de veintiséis de marzo de mil novecientos doce, para rechazar alegaciones semejantes de Llano en el juicio reivindicatorio que le promovieron los herederos de Joaquín González."

Hace luégo el recurrente una relación de los demás títulos presentados por Cadavid para acreditar su derecho, y los combate en la forma siguiente:

"En los capítulos VII, VIII y IX de su sentencia, estudia el Tribunal las escrituras e hijuelas relativas a las cincuenta cuadras que demanda el señor Cadavid, y de este estudio concluye que sí le pertenecen, no en determinado lote sino en cuota indivisa, pues así lo decidió la parte resolutiva de su fallo. Esas escrituras son: la número 907, de tres de julio de mil novecientos uno, otorgada en la Notaría del Circuito de Fredonia, por la cual Juan de Dios Restrepo le vende a Juan A. Cadavid & Compañía, cincuenta cuadras de terreno en un lote de mayor extensión, por los linderos que en ella se determinaron; la número 1483, de diez y seis de septiembre de mil novecientos cuatro, otorgada ante el Notario 2º de Medellín, por la cual doña Adela Benítez vende a Juan A. Cadavid las acciones que como cónyuge sobreviviente del señor Julio Benítez, le puedan corresponder en el patrimonio de la sociedad regular colectiva de comercio de Juan A. Cadavid & Compañía; la número 1126, otorgada también ante dicho Notario el catorce de noviembre de mil novecientos siete, por la cual la misma señora Adela le vende al mismo Cadavid, varios bienes, entre ellos un lote de terreno de cincuenta cuadras, por los linderos que allí se fijaron, y que estaba en comunidad, y la hijuela obra en los folios 26 y 27 del cuaderno de pruebas del actor en la primera instancia.

"A todo esto observo:

"La primera de dichas escrituras no tiene importancia, porque en la hipótesis de que en virtud de ella se hubiera transmitido el dominio de las cincuenta cuadras, el adquirente no había sido el señor Cadavid, sino la sociedad de Juan A. Cadavid y Compañía, que fue la compradora, pues la sociedad forma una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados, según el artículo 2097 del Código Civil. Y digo en la hipótesis, porque ya queda demostrado que bien por el reparo a las escrituras de los folios 1º y 2º del cuaderno principal, o bien por la aludida sentencia del Tribunal al decidir la tercería excluyente de Lino María Trujillo, las escrituras citadas no transmitieron el dominio, ni ha podido transmitirse por las enajenaciones sucesivas, por no haberlo los enajenantes.

"Como no hay constancia en el expediente de que se hubiera liquidado la sociedad de Juan A. Cadavid y

Compañía, ni que en la división de sus bienes se le adjudicasen al socio Cadavid las cincuenta cuadras, ora directamente o bien como subrogatario de la señora Benítez, la segunda de dichas escrituras no prueba que Cadavid las adquirió.

"La citada hijuela de los folios 26 y 27 del cuaderno de pruebas del actor en la primera instancia, que se le formó a la señora Benítez en la sucesión del señor Julio Benítez, está registrada en los libros 1º y 2º, pero no en el de causas mortuorias, donde debió serlo por mandato de la Ley 57 de 1887, en su artículo 38. Este documento no hace, pues, fe en el juicio, conforme al artículo 2673 del Código Civil, ni le transmitió el domino de las cincuenta cuadras a la adjudicataria, según el artículo 756 del mismo Código, porque al tenor de este precepto, el dominio de los bienes raíces se verifica por la inscripción del respectivo título en el correspondiente libro de registro.

"Sin embargo de que nada adquirió por dicha hijuela a causa de la falta de registro en el libro de causas mortuorias, la señora Benítez declaró que le transmitía al señor Cadavid las cincuenta cuadras y varios otros bienes como adjudicataria de ellos en la sucesión de su finado marido Julio Benítez. Esta declaración la hizo en la tercera de aquellas escrituras, en atención, dice la otorgante, a que antes le había vendido a Cadavid todos los derechos que le correspondieran en el patrimonio de Juan A. Cadavid y Compañía, ya que fue un error el que no se le hubieran adjudicado a Cadavid en dicha sucesión. La enajenación fue, pues, de cosas ajenas, que si es permitida por el artículo 1871 del Código Civil, es ineficaz por sí sola para adquirir el dominio mientras los derechos del verdadero dueño no se extingan, por el lapso del tiempo, esto es, por prescripción, la cual es preciso alegarla, según el artículo 2513 del mismo Código, no la alegó Cadavid, ni de haberla alegado lo favorecería, porque no existe prueba de que hubiese tenido la posesión por el tiempo necesario, ni en tiempo alguno, para ganar el dominio por prescripción ordinaria o extraordinaria.

"Fuera de esto, la escritura a que me vengo refiriendo, enumera como bienes enajenados las cincuenta cuadras situadas en Venecia; una veinticuatroava parte en la mina de **Juan Tapado**, en Ríosucio; un cuarto de veinticuatroava parte en la mina **Debaibe**, en el Distrito de Bagadó, Provincia del Atrato; una y media acciones de veinticuatroava parte en las continuaciones de la mina **Tambo**, en el Distrito de Urrao, y una finca territorial en Poblanco, del Distrito de Fredonia. Conforme al artículo 2653 del Código Civil, esa escritura debió registrarse en Venecia, en Fredonia, en Ríosucio, en el Circuito del Atrato y en Urrao, y no lo fue en Venecia ni en Ríosucio. No está, pues, registrada esa escritura en todos los Circuitos de inscripción en que debió serlo, y por lo mismo no hace fe conforme al artículo 2673 del Código Civil, ni por su medio se transmitió el dominio de lo que se quiso enajenar, según el artículo 756 del Código Civil.

"Del estudio de los títulos que pudieran favorecer al demandante Cadavid, resulta:

"Que éste no ha probado que sean suyas las cincuenta cuadras que demanda.

"Que al reconocerlo dueño de ellas, la sentencia viola directamente los artículos 740, 752, 756, 946, 2653 y 2673 del Código Civil."

"Que si no los viola directamente, los viola por indebida aplicación o por interpretación errónea.

"Que la sentencia incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba que suministran las escrituras e hijuela examinadas en esta parte de mi estudio, con violación de dichos artículos.

"Que para desconocerle al señor Cadavid el dominio en las cincuenta cuadras que demanda, los citados artículos son los aplicables."

Considérase:

Por lo que atañe al primer reparo, esto es, el relativo a que no aparece que se hubiera liquidado la Compañía Juan A. Cadavid & Compañía, que compró a Juan de Dios Restrepo, en mil novecientos uno, las cincuenta cuadras, objeto del pleito, basta observar que, disuelta la Compañía por la muerte de Julio Benítez, único socio de Cadavid, la señora Adela de Benítez, cónyuge sobreviviente de Benítez, vendió al expresado Cadavid los derechos que pudieran corresponderle en el patrimonio de la Compañía expresada, con lo cual quedaron en cabeza de Cadavid todos los derechos y obligaciones de ella, y por lo mismo pasó a su dominio el haber íntegro de la Compañía.

Habiéndose adjudicado indebidamente a la señora Benítez en la sucesión de su esposo, bienes correspondientes a la Compañía, de los cuales ella se había desprendido, hizo la declaración por escritura número 1122 de catorce de noviembre, otorgada en Medellín, de que transfería a Cadavid tales bienes, entre otros las cincuenta cuadras de terreno que se litigan, en virtud de la venta de sus derechos en el patrimonio de la Compañía constituída por su marido y por Cadavid.

De manera que los títulos de este último son en primer lugar la venta hecha por Juan de Dios Restrepo a la sociedad comercial Juan A. Cadavid & Compañía, y en segundo, la venta que de todos sus derechos en la expresada Compañía le hizo la única representante del socio Benítez, y de allí que cualesquiera que sean los defectos de que adolezca la adjudicación hecha a la señora Benítez en la partición de los bienes de su marido, en nada influye para negarle a Cadavid su dominio sobre las cincuenta cuadras controvertidas, ya que éstas pertenecían a la sociedad en la cual ya nada tenía la señora Benítez, por haberle vendido sus derechos en ella a Cadavid, tal como lo declaró en la escritura 1122 antes citada.

Respecto de esta última escritura el recurrente dice que como en ella se hace el traspaso de varios inmuebles situados en distintos lugares, conforme al artículo 2653 del Código Civil, esa escritura debía registrarse en Venecia, en Fredonia, en Ríosucio, en el Circuito del Atrato y en Urrao, y no lo fue en Venecia ni en Ríosucio. No está, pues, registrada dicha escritura, agrega, en todos los Circuitos de inscripción en que debió serlo, y por lo mismo no hace fe, conforme al artículo 2673 del Código Civil, ni por su medio se transmitió el dominio de lo que se quiso enajenar, según el artículo 756 ibídem.

A esto se responde, que, como se ha dicho, en esta escritura no hace otra cosa la señora Adela de Benítez que transmitir a Cadavid bienes que a éste le correspondían y que le habían sido adjudicados indebidamente a la vendedora en la sucesión de su marido; más que una transmisión, esa escritura fue el reconocimiento de que se le había adjudicado cosa ajena.

Además, es inexacto el aserto de que cuando se enajenan bienes raíces situados en distintos Círculos de Registro, si no se hace la inscripción en todos no se transmite el dominio de aquellos cuyo título fue registrado en la oficina respectiva. Lo que ocurre es que cuando se deja de inscribir la escritura, en relación a uno o más bienes en la oficina correspondiente, el defecto se contrae a ellos, pero no abarca a los que se inscriben debidamente.

Prescripción.

Alega el recurrente que el Tribunal violó los artículos 2512, 2528 y 2529 del Código Civil, por no haber declarado la prescripción en favor del demandado.

Cita el autor del recurso una sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida el dos de julio de mil novecientos veintidós, por la cual se declaró probada la oposición que hizo el señor Félix A. Llano a la entrega que del terreno que se disputa se había ordenado en favor de los señores Juan A. Cadavid, Julia, Víctor y Carmen Arteaga, por cuanto Llano era poseedor regular de una finca dentro de la cual se hallan las cien cuadras de terreno que fueron objeto de la petición. En ella el Tribunal ordenó suspender la entrega y reservó a los interesados el derecho de instaurar juicio de reivindicación. Dice además, que un crecido número de testigos declara que Llano ha poseído continuamente y sin interrupción el terreno que se disputa desde que lo adquirió del señor don Rafael Escobar por la escritura número 1514 de diez y siete de octubre de mil novecientos seis, otorgada en la Notaría tercera del Circuito de Medellín, y que ese terreno se comprende dentro de los linderos que expresa la escritura.

Estas pruebas, concluye, es decir, la sentencia y las declaraciones de los testigos que acreditan los elementos de la prescripción, han sido mal apreciadas por el Tribunal, incurriendo por ello en error de hecho al no tomarlas en cuenta, y violando por tanto los artículos 607 y 681 del Código Judicial.

Considera la Corte que el sentenciador se fundó para desconocer la prescripción alegada por el demandado, en que en el título presentado por él para probar su dominio, que es la escritura número 1514 de mil novecientos seis, no quedaron incluídas las cien cuadras, de las cuales Cadavid reclama cincuenta, y en que la posesión de Llano carece de buena fe.

En efecto, después de un largo análisis de escrituras y de comparación de linderos—dice el Tribunal—"la manifestación hecha por Escobar de no haberle vendido a Llano las cien cuadras, o mejor, la finca de los herederos de Joaquín González en donde esas cien cuadras se hallaban, rechazando Escobar la denuncia del pleito; y el hecho de que Llano admitió el rechazo de la denuncia, al desistir tácitamente del recurso de apelación interpuesto contra esa providencia, llevan a la conclusión de que Llano sabía perfectamente, al tiempo de comprar el inmueble, que dentro del inmueble que compraba no quedaba incluída la finca de González, o no quedaban incluídas las referidas cien cuadras. A todo lo cual se agrega que Llano no intentó siquiera probar que sus antecesores en el dominio del inmueble hubieran poseído esas cien cuadras o la finca de los herederos de González; y que, además, Llano fue condenado como poseedor de mala fe, por el Tribunal, en el juicio reivindicatorio que le establecieron los herederos de Joaquín González o de la señora Delfina Valdés de González; y que convencido así en el juicio reivindicatorio, quiso evidentemente hacerse a un título de propiedad sobre esas cien cuadras, celebrando el contrato que en mil novecientos veinticinco celebró con el apoderado de los herederos de González, contrato en el cual hizo el señor Llano declaraciones tan extrañas como la de que las cien cuadras de terreno las recibía como compensación por un derecho hereditario de catorceava parte que había comprado, y que limitaba sus aspiraciones a esas cien cuadras.

"Aunque los actos de mala fe que una persona ejecute después de haber adquirido la calidad de poseedor regular no vician, como es sabido, esa posesión regular; los indicios analizados tienden a demostrar un hecho solamente: el de que Llano sabía cuando compró la finca a don Rafael Escobar, cuáles eran los linderos verdaderos de esa finca, y por qué linderos había poseído Escobar, quien no poseyó, evidentemente, ni las cien cuadras que hoy se litigan, ni menos la finca de los herederos de Joaquín González, dentro de la cual se hallan, en proindivisión, esas cien cuadras.

"Si, pues Llano no adquirió la posesión material de las cien cuadras en mil novecientos seis, o del lote en que, en proindiviso, se hallaban en la finca de Joaquín González, fue porque Escobar no entendió vendérselas, ni Llano entendió comprárselas. Y si posteriormente Llano adquirió esa posesión, la hubo de mala fe.

"Por otra parte, esas cien cuadras se hallaban en proindivisión dentro de la finca de Joaquín González o de los herederos de la señora Delfina Valdés de González. En dicho juicio fue condenado Llano como poseedor de mala fe, a la restitución; lo mismo que su condemandado Baudilio Arteaga. Sabido es que la sentencia que aprovecha a un comunero, aprovecha a los otros; y aplicando este criterio, y siendo el demandante Cadavid comunero en esas cien cuadras en aquélla época, la declaración contra Llano en aquél juicio aprovecha a Cadavid.

"Esto impide al Tribunal reconocer la prescripción alegada por Llano."

Alega el recurrente que según la escritura del folio 2º del cuaderno principal, a la cual reconoce valor probatorio el Tribunal, las cien cuadras del litigio se vendieron dentro de un globo mayor, esto es, sin determinarla por linderos. Esas cien cuadras quedaron, pues, en comunidad entre el comprador y el vendedor, en la proporción de cien cuadras para el primero y el resto para el segundo.

"Conforme a la misma escritura—continúa diciendo el autor del recurso—el lote de terreno en que estaban las cien cuadras, tenía estos linderos:

'De la cuchilla principal de **Cerro de Tusa**, a buscar la quebrada **Sucia**, línea recta adonde se hallan unos derrumbes colorados, de aquí, por toda la **Sucia**, hasta su desemboque en la quebrada **Sinifaná**; ésta abajo, hasta el punto donde desemboca la quebrada **Los Chorros**; ésta arriba, hasta la manga denominada de **Alzate**; de aquí, línea recta, al morro **Amontado** o de los **Peñones**, y de aquí, siguiendo la misma línea, hasta encontrar la que de **Cerro de Tusa** va a **Morrorredondo**; de este punto, en dirección oriente, siguiendo la línea últimamente mencionada, hasta la cuchilla principal de **Cerro de Tusa**, primer lindero.'

"Pero en las ventas sucesivas de esas cien cuadras, ya total, ya parcialmente, hechas por las escrituras que cita la sentencia, no se pusieron aquellos linderos al lote que debía contenerlas, sino otros diferentes, sin que haya constancia en los autos sobre la identidad del globo. Quiere decir esto que no hay lugar para asegurar que cada uno de los sucesivos compradores adquirió las cien cuadras o la parte de ellas que trató de vendérseles. Sobre esto del cambio de linderos y la falta de las respectivas identificaciones, nada dice la sentencia, mas sí da como establecido que los compradores iban adquiriendo el dominio de las cien cuadras o de la parte de ellas que quiso vendérseles.

"Síguese de aquí que la sentencia incurre en error de derecho al apreciar la prueba que suministran esas escrituras."

Echa menos el autor del recurso la identidad de las cien cuadras cuya mitad reclama Cadavid en virtud de los títulos exhibidos por él; pero a esto se observa que el Tribunal estimó que todos los títulos del actor se referían a las cien cuadras de terreno que Lino María Trujillo le vendió a Juan Echeverri en mil ochocientos ochenta y dos, y si hay desacuerdo en este concepto, se estaría en el caso de un error de hecho que no se ha alegado, pues el recurrente se limita a decir que el Tribunal incurrió en error de derecho; y aun acusado el fallo por razón del primero, no hubiera error de hecho manifiesto que pudiera llevar a una conclusión contraria a la que llegó el Tribunal.

"En alguno de esos cambios de linderos, dice el autor del recurso, se hace figurar el terreno comprado por el señor Llano al señor don Rafael Escobar, como colindante con el que encierra las cien cuadras, y de allí deduce el Tribunal que lo comprado por Llano no comprende las cien cuadras. Esto equivale a sostener que las declaraciones hechas en esas escrituras son obligatorias para los causantes del señor Llano y para él, no obstante que conforme al artículo 1759 del Código Civil, tales declaraciones sólo hacen fe y son obligatorias para los otorgantes, disposición consignada sustantivamente en el artículo 1765 del Código Civil.

"De esto resulta que la sentencia viola directamente los artículos citados o que los viola por interpretación errónea."

Considérase que el argumento combatido fue uno de los indicios colaterales acogidos por el Tribunal para llegar a la conclusión de que en el terreno vendido por Escobar a Llano no quedaron comprendidas las cien cuadras vendidas por Trujillo a Juan Echeverri, que es el título más antiguo alegado por Cadavid, y aunque este indicio no pudiera tenerse en cuenta por el motivo que el autor del recurso apunta, quedaría en pie la apreciación que de los linderos de los títulos hizo el sentenciador para llegar a la conclusión rotunda de que Llano no le compró a Escobar las cien cuadras del litigio, es decir, que el título del primero no comprende dichas cien cuadras de terreno.

La apreciación del Tribunal es como sigue:

"A estas consideraciones pueden agregarse las siguientes, que demuestran que en la venta hecha por Rafael Escobar a Félix Llano, no quedó comprendida la finca de los herederos de Joaquín González (o de la señora Delfina Valdés de González), en donde se hallaban las cien cuadras:

"1. En los títulos anteriores; se dice que la finca linda:

'Del morro del **Nudo** al alto de **La Loma, de aquí a la quebrada Sucia,** lindando con terrenos de la señora María Escobar...'

"En la venta hecha por Escobar a Llano se expresa así el lindero:

'De la **Loma Alta,** línea recta, al contrafuerte de los **Vásquez; de aquí, por la línea recta más corta, a la quebrada de la Sucia**. . . . . .'

"Se necesita, en realidad, ingenio para hacer ver que la línea recta más corta tiene la virtud de hacer quedar comprendida, en la venta de una finca, otra finca ajena. A ser cierto que el lindero toma el punto últimamente indicado, en la venta que hizo Escobar a Llano de la finca en mil novecientos seis, habría quedado comprendida la finca de Joaquín González, o al menos una gran parte de ella.

"2. Para poder sostener que la línea recta más corta del contrafuerte de los Vásquez a la quebrada **Sucia,** comprendió la finca de los herederos de Joaquín González, en donde se hallan las cien cuadras, es preciso afirmar que esa línea va directamente a la quebrada **Sucia,** porque termina en una laguna en donde nace la quebrada la **Sucia,** o que llega al camino de Bolívar, a un punto donde la quebrada **Sucia 'pasa subterránea cerca a una laguna donde nace.'** (Véanse declaraciones de Clodomiro Vélez, Francisco Restrepo, Carlos Mejía, de Aureliano Angel y otros). La interpretación de los linderos resulta por demás forzada, como es obvio, por parte de Llano.

"3º En una demanda suscrita por Llano en mil novecientos ocho, y que corre en copia a folio 72 vuelto del cuaderno del actor, dice Llano que trazada una línea recta del contrafuerte de los Vásquez a la quebrada **Sucia,** 'como se observa en el croquis levantado por el señor Barrientos, termina en el propio nacimiento de la **Sucia,** y ello es lo que esclarece que los demandados ocupan mi terreno o parte de él determinada; tal vez porque ellos están en el error de que tal línea puede trazarse, como la más corta, del contrafuerte de los Vásquez a dar a otro punto de la **Sucia** que a su nacimiento, lo cual es un absurdo científicamente hablando, debido a que la línea más corta que puede unir los dos puntos, el contrafuerte de los Vásquez y la quebrada la **Sucia,** es la que termina en los nacimientos de ésta; y es arriba de esta línea, en la parte oriental, donde pudieran haberse situado los demandados para sus labranzas.'

"La demanda la dirigió contra Baudilio Arteaga, Julio y Adriano Restrepo; en ella se determina el lote de terreno que ocupan los demandados; y confiesa Llano que **'debido a tal posesión no me encuentro yo en ella respecto de todo el terreno que me vendió el señor Escobar, en conformidad al hecho a)** . . . . . .'

"Sostiene allí mismo Llano que los demandados se dicen sucesores de Lino Trujillo, y que el título de éste fue declarado simulado por el Tribunal.

"Esto indica que Llano no entró en posesión material en mil novecientos seis, respecto del terreno en donde se hallaban las cien cuadras, y que Escobar le vendió; y prueba que Escobar no le hizo entrega de la finca sino tal como la poseían sus antecesores.

"Es extraño, además, que Llano no hubiese pretendido siquiera probar que Escobar estuvo en posesión material de las cien cuadras, o de la finca de Joaquín González, donde estaban enclavadas, aunque indivisas, esas cien cuadras.

"Circunstancias todas estas que evidencian que Llano no entró de buena fe en la posesión del terreno de González, donde se hallaban las cien cuadras indivisas; terreno que fue obligado a restituír a los herederos de Delfina Valdés de González, por sentencia judicial en que fue considerado poseedor de mala fe, lo mismo que Baudilio Arteaga, su codemandado.

"4º Ni deja de ser extraña la explicación que pretendió dar Llano al absolver el postulado 12: dice que la diligencia de remate de diciembre de mil ochocientos noventa y cinco no señaló el punto preciso a donde debía llegar la línea a la quebrada **Sucia**; y que en las escrituras posteriores (véase el análisis de linderos de los numerales XII y XIII), se determinó muy bien ese punto por una línea recta para esclarecerlo; y **'que está claro que ese punto debe ser adonde sea más corta la línea.'** "

Entre los datos que el Tribunal expuso para deducir que las cien cuadras de terreno en cuestión no estaban comprendidas en los títulos de Llano, señala la declaración que éste hizo en la escritura número 2437 de diez y siete de octubre de mil novecientos venticinco, al celebrar un arreglo con el doctor Agustín Jaramillo Arango, apoderado de los herederos de Joaquín González que lo habían vendido en un juicio reivindicatorio de los terrenos donde estaban enclavadas las cien cuadras.

Dice el Tribunal:

"Por escritura número 2437 de diez y siete de octubre de mil novecientos veinticinco, debidamente registrada, el doctor Agustín Jaramillo A., obrando como apoderado de los herederos de Joaquín González o de la esposa de éste, declaró:

"a) Que debiendo restituír Llano el inmueble de que en dicha escritura se trata, con exclusión de cien cuadras, en virtud de sentencia judicial, **'se harán medir cien cuadras de terreno, y para ello se señala de común acuerdo, que se tomará por base el ángulo que se forma en la quebrada Sucia y el camino que va para Bolívar, de manera que formen un globo,'** mensura que se hará dentro de treinta días, y que una vez hecha y separado el globo de terreno, entregará Llano el resto de la finca;

"b) Que Llano hubo una catorceava parte de la finca reivindicada por compra que de su derecho hereditario en la sucesión de la señora Delfina Valdés de González hizo a Carlos González, derecho hereditario ese que Llano cede **'a Jaramillo Arango para sus poderdantes.... pues el señor Llano limita su derecho en la finca citada a las cien (100) cuadras de terreno de que ya se habló, y por tanto esta cesión se hace a cambio de las concesiones que él recibe por este acto'**;

"c) Que en cuanto a los lotes de terreno vendidos por Llano a otras personas, les queda a los poderdantes de Jaramillo Arango el derecho de reivindicarlos o de entrar en arreglos con los compradores; que esos poderdantes de Jaramillo permitirán a los cosecheros que ha tenido Llano recolectar sus cosechas, y que se fija en la cantidad de $ 150 la cantidad que Llano debe pagar **'por frutos, productos, multas, etc., a que en la sentencia definitiva de que se habló, fue condenado'**;

"d) Que **'una vez hecha la partición de la finca, es decir, sacadas las cien cuadras de que se ha hablado, esos dos lotes de terreno serán deslindados por escritura posterior a fin de demarcar por ella los linderos precisos con que quedan los lotes una vez separados y aceptada la separación por ambas partes.....'**

"De la anterior escritura se desprende que Llano no se consideraba dueño de las cien cuadras en referencia, puesto que de ella misma resulta que quiso hacerse a un título de propiedad sobre ellas; esto en circunstancias en que tenía pleno conocimiento del juicio divisorio de las cien cuadras que había habido entre los señores Cadavid y Arteagas, y en el cual se pretendió obligar a Llano a entregarlas a Cadavid y a los Arteagas."

El autor del recurso combate este razonamiento así:

"Como lo vendido por Eloy Restrepo a Joaquín González, fue un lote de terreno con exclusión de cien cuadras comprendidas en él, el juicio reivindicatorio de la sucesión de éste contra Llano tuvo que referirse y se refirió al terreno que sobrara después de sacar las cien cuadras, y por consiguiente lo que en ese juicio se mandó restituír fue ese terreno sobrante y no estas cien cuadras.

'Pero como estas cosas, el terreno y las cien cuadras, estaban confundidos, porque, aunque el primero tenía linderos las segundas carecían de ellos, para poder restituír el terreno era necesario determinar primero las cien cuadras, porque sólo de ese modo podía conocerse el terreno que debía entregar Llano. Esto fue lo que hicieron el representante de los González por una parte y Llano por otra, no el que el último tratara de procurarse un título de las cien cuadras, porque no lo tuviera. Y esto es tanto más razonable cuanto que ya se vio atrás que existe plena prueba de que las cien cuadras se comprenden en el terreno que Llano le compró a Rafael Escobar, o lo que es igual, que el primero tenía título de ellas desde antes de iniciarse la reivindicación por los mentados herederos.

"Deduzco de lo que dejo expuesto, que la sentencia incurre en errores de hecho en la apreciación de las pruebas que suministran las escrituras y los arreglos entre Llano y el apoderado de los González, a que he aludido."

Como se ve, cita el autor del recurso la escritura que Eloy Restrepo le hizo a Joaquín González de los terrenos que éste reivindicó de Llano, en la cual se hizo la declaración de que se excluían cien cuadras de terreno; pero en esta escritura se agregó:

"Se excluyen de este terreno cien cuadras vendidas al señor Juan Echeverri, según consta de la respectiva escritura, y el título de Echeverri es la fuente de los derechos sobre cincuenta de esas cuadras, que por transmisiones sucesivas pertenecen a Cadavid. El que de la reivindicación decretada a favor de Joaquín González contra Llano se excluyeran cien cuadras de terreno, no implica que éstas pertenecieran al poseedor vencido, pues él mismo cita la escritura de Eloy Restrepo a González, en que bien claramente se expresó que esas cien cuadras eran las vendidas por Lino María Trujillo a Juan Echeverri, del cual, como se ha dicho, deriva Cadavid sus derechos.

Segunda causal.

Dice el recurrente que al reformar la demanda, el apoderado de los actores, señor Hoyos, expresó que sólo hacía uso del poder del señor Juan A. Cadavid, y que la dirigía únicamente por su cuenta, de suerte que no hablaba en nombre de los señores Arteagas; que el fallo fue adverso a los demandantes y no apelado en lo que respecta a los Arteagas, que carecían de apoderado; de modo que el Tribunal no podía tocar la sentencia en esa parte que quedaba ejecutoriada. No obstante, falló revocando la sentencia de primera instancia y reconociendo en su lugar derechos a los señores Arteagas, con lo cual, dice el autor del recurso, incurrió el sentenciador en la segunda causal de casación, porque no siendo materia de debate en la segunda instancia la causa de los Arteagas, falló sobre ella, declarando que tenían derecho a las veinte cuadras que reclamaron en la demanda primitiva.

Considera la Corte que no procede la causal segunda de casación, la cual consiste en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya porque se resuelva sobre puntos que no hayan sido objeto de la controversia, o se deje de resolver sobre alguno de los que lo han sido.

Ahora bien, tanto en la demanda principal como en la corrección de la misma, el doctor Hoyos pidió para Cadavid y los Arteagas, de manera que quedó planteado el litigio por ambos demandantes.

El Tribunal halló que la manifestación del doctor Hoyos hecha al pie de la corrección de la demanda era una renuncia del poder, pero no un desistimiento de la acción por parte de los Arteagas, y si hubo error en esa apreciación, sería el caso de la causal primera.

Del mismo modo, si como dice el recurrente, por carecer de apoderado los Arteagas, la apelación de la sentencia de primera instancia se hizo en nombre de Cadavid solamente, quedando por lo mismo ejecutoriada en lo referente a los primeros, y por lo mismo intocable para el Tribunal, no es la causal segunda la que cuadra alegar en este caso, pues ésta se refiere a los términos en que queda planteada la controversia en la demanda, y a las excepciones oportunamente alegadas.

Con relación a la causal primera, alega el autor del recurso, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar los títulos de los señores Arteagas. Desarrolla su acusación en estos términos:

"De todos esos títulos no estudiaré sino las hijuelas porque de que las veinte cuadras demandadas o las cincuenta de que hacen parte, hubiesen pertenecido a otras personas sucesivamente, no se sigue que las primeras sean del dominio de los demandantes, pues ese dominio sólo han podido adquirirlo en virtud de las hijuelas, que serían sus verdaderos títulos. Mi estudio será corto, porque el punto es sencillo y fácil de resolver acertadamente.

"Esas hijuelas se hallan del folio 36 al 43 del cuaderno principal, y ninguna de ellas está debidamente registrada, porque habiéndose formado en un juicio de sucesión, había que registrarlas en el libro de causas mortuorias, por prescribirlo así el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, y no se las registró en él sino en el libro número 1º Esas hijuelas no transmitieron pues a los adjudicatarios el dominio de lo adjudicado por falta de su inscripción en el correspondiente libro, ni hacen fe en el juicio. Sobre el particular son bien claros los artículos 756 y 2673 del Código Civil.

"De esto resulta de modo evidente:

"Que al reconocerles la sentencia a los demandantes Arteagas el dominio en las veinte cuadras que reclaman, como se los reconoce, violó directamente los citados artículos 756 y 2673 del Código Civil.

"Que al apreciar la prueba que suministran dichas hijuelas, la sentencia incurre en error de derecho, con violación de estos artículos.

"Que para desconocerles a los demandantes Arteagas el dominio sobre las veinte cuadras que tratan de reivindicar, aquellos artículos son los aplicables."

Se considera:

El recurrente no advirtió que aparece en la copia de cada hijuela que la sentencia aprobatoria de la partición fue registrada en el libro de causas mortuorias, y allí en ese registro pudieron incorporarse los linderos de la finca partida y las adjudicaciones respectivas.

En caso semejante la Corte dijo:

"No encuentra la Corte que se hayan quebrantado ninguna de las disposiciones citadas. No el artículo 756, que establece que 'se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de instrumentos públicos,' por cuanto de la copia traída a los autos de la hijuela formada a la señora Echeverría en el juicio de sucesión de la señora Hortencia Mariaca de Echeverría, aparece que la sentencia aprobatoria de la partición verificada en dicho juicio, fue registrada con fecha diez de junio de mil ochocientos noventa y tres, en la Oficina de Registro del Círculo de Antioquia, quedando también por consecuencia inscrita la sobredicha hijuela. Tampoco se ha infringido el artículo 757 por el mismo motivo." (Tomo XXX, página 254, **Gaceta Judicial**).

En el caso que se estudia, aparte del registro de la sentencia aprobatoria de la partición en el libro de causas mortuorias, fueron registradas las copias de las hijuelas en el libro número 1º

Ya desde el año de mil ochocientos noventa, al estudiar títulos de la misma naturaleza, otorgados en el Departamento de Antioquia, esta misma Corte, comentando el artículo 2714 del Código Civil antioqueño, idéntico en esencia al 2652 del nacional, para demostrar que el registro de la sentencia aprobatoria de la partición implicaba el registro de las hijuelas, había dicho:

"Como se ve, el último de los pasajes copiados sólo exige, respecto de la herencia, que se registre la sentencia aprobatoria de la partición; pero no exige que se registre la copia de la cartilla de adjudicación; y no lo dice sin duda por no ser necesario tal registro, comoquiera que la partición registrada comprende necesariamente las adjudicaciones parciales, esto es, las cartillas originales formadas a cada partícipe o divisionario. Y no se diga que, por tratarse de bienes raíces, las cartillas de adjudicación están comprendidas entre los actos, contratos o documentos mencionados en los numerales 1º y 2º transcritos, y que por consiguiente deben registrarse; porque la disposición del numeral 7º es especial para la partición de la herencia, y por consiguiente, de preferente aplicación sobre las demás disposiciones generales, pues de lo contrario tal disposición sería inútil." (**Gaceta Judicial**, página 310 del año V, 1890).

Este pasaje da a entender que en el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, se incluye aquélla, y por lo mismo las adjudicaciones.

Pero ya se ha visto que en el pleito que es materia de este fallo, aparte del registro de la sentencia aprobatoria de la partición en el libro de causas mortuorias, fueron inscritas las hijuelas en el libro número 1º, lo cual fue un exceso, pues tal inscripción, una vez hecha la de la partición en el lugar del juicio de sucesión, no se requiere sino en el caso de adjudicación de bienes raíces situados en distinto Círculo de registro de aquél en que se siguió dicho juicio.

Dados los hechos que se dejan expuestos, no existen las violaciones de las disposiciones legales que el recurrente apunta.

Dice el autor del recurso que el título del señor Llano es del diez y siete de octubre de mil novecientos seis, y los de Marcos A. Arteaga, de los cuales pretende derivar el mismo Arteaga, así como sus codemandantes sus derechos a las veinte cuadras, son de mil novecientos once y mil novecientos doce, porque así aparece en los folios 33 y 35 del cuaderno principal.

"Como todos esos títulos—dice—se refieren a las cien cuadras, totalmente el de Llano, y de modo parcial los de los Arteagas; como no hay prueba de que éste ni los herederos de su esposa han entrado en posesión de lo que creen suyo, y sí la hay de que Llano ha tenido la posesión de las cien cuadras y de que la tiene aún, ocurre el caso del artículo 1873 del Código Civil, tanto por eso como porque el título de Llano se registró primero. Porque si es verdad que no fue uno mismo el vendedor, no estando previsto el caso cuando sean diferentes los vendedores, dicho artículo es el aplicable por analogía, porque así lo prescribe el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

"Hé aquí otro argumento contra la sentencia que la afecta de violación directa de los citados artículos o de errónea interpretación, por haber declarado que los demandantes Arteagas son dueños de las veinte cuadras que demandaron."

Pero a esto basta observar que el Tribunal, como se dijo atrás, después del laborioso estudio que hizo de los títulos presentados por las partes, llegó a la conclusión no infirmada, de que en el título de mil novecientos seis, presentado por Llano, no están comprendidas las cien cuadras de terreno de las cuales hacen parte las que reclaman los Arteagas, y por lo mismo no es el caso de decidir la controversia por la antigüedad de los títulos, ni mucho menos a la luz del artículo 1873 del Código Civil, invocado por el recurrente.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el treinta de agosto de mil novecientos treinta, y condena en costas a la parte recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

El Tribunal Superior de Medellín dictó sentencia de segunda instancia el veintiuno de marzo de mil novecientos veintiocho, en el juicio seguido por Enrique y Alberto Bernard contra la Fábrica Nacional de Vidrios, domiciliada en el Municipio de Caldas, sobre resolución de un contrato.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la Sociedad demandada.

Concedido el recurso, y llegados los autos a esta Corte, se mandó fijar el negocio en lista por el término legal.

Este auto no pudo notificarse por no haber suministrado papel la parte recurrente, según informe del señor Secretario.

Ya en vigor la Ley 105 de 1931, se hizo la notificación por medio de estado, y luégo se ordenó por el sustanciador el traslado al recurrente por el término legal.

Como por la circunstancia dicha, el asunto estuvo paralizado por más de seis meses, debía notificarse el auto de traslado como lo manda para el caso el artículo 322 de la Ley 105 de 1931, y así se hizo, con la fijación del edicto durante quince días en la Secretaría de la Corte, y su publicación en un periódico de esta ciudad.

Verificada la notificación, han corrido más de treinta días desde que quedaron los autos a la disposición de la parte recurrente, sin que se haya fundado el recurso, por lo cual es el caso de declararlo desierto, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 90 de 1920, que disponía lo mismo que el 532 de la Ley 105 de 1931.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de que se ha hecho mérito.

Notifíquese, cópiese, insértese este auto en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Blas Albán entabló ante el Juez 3º del Circuito de Cali, juicio ordinario contra José María Borrero, en ejercicio de estas acciones:

Primera. Que se declare que son de propiedad de la sucesión de Florentina Losada los siguientes bienes:

1º Un lote de terreno de siete metros veinte centímetros de frente, por ocho metros ochenta centímetros de fondo, ubicado en el barrio de La Merced, de la ciudad de Cali, que linda por el Norte con terrenos de propiedad del actor y de la misma sucesión de Florentina Losada; por el Oriente y por el Sur, con solar del demandado, señor Borrero, y por el Occidente, pared de por medio, con tienda de este mismo señor.

2º Una faja o zona de terreno de diez y seis metros de longitud por treinta y siete centímetros de anchura, ubicada en el mismo sitio que el anterior, y que linda: por el Norte, con propiedad de las señoritas Mercedes y Concepción Borrero Villaquirán; por el Sur, con el lote de

terreno de la sucesión de Florentina Losada, determinado en el numeral precedente; por el Oriente, con propiedad del demandado, señor Borrero, y por el Occidente, pared medianera de por medio, con propiedad de la señora Remedios Losada y con terreno del actor.

Segunda. Que el demandado está en la obligación de restituir a la sucesión de Florentina Losada, dentro del término legal, los inmuebles arriba expresados, con sus frutos naturales y civiles percibidos por él y los que la sucesión hubiera podido percibir.

Tercera. Que es de exclusiva propiedad del actor, un lote de terreno que mide cuatro metros de frente por ocho metros cuarenta y tres centímetros de fondo, ubicado en el barrio de La Merced, de la ciudad de Cali, y que linda: por el Norte, con propiedad de Remedios Losada; por el Sur, con el lote de terreno de propiedad de la sucesión de Florentina Losada, determinado en el numeral 1° de la primera petición de esta demanda; por el Oriente, con la faja o zona de terreno de propiedad de la misma sucesión de Florentina Losada, determinada en el numeral 2° de la citada primera petición de esta demanda, y por el Occidente, con tienda de propiedad del actor.

Cuarta. Que el demandado Borrero está en la obligación de restituir al actor el terreno determinado en la anterior petición, con sus frutos naturales y civiles, o su valor, conforme a la ley.

Son hechos que sustentan la demanda:

1° Por medio de la escritura pública número 335, de diez y nueve de agosto de mil ochocientos noventa y seis, de la Notaría 1ª de Cali, la señora María Santos Fernández viuda de López vendió a la señora Florentina Losada "una casita de teja, construída sobre paredes de adobe, ubicada en el barrrio de La Merced, de la ciudad de Cali, y fundada en un terreno que mide veintitrés metros veinte centímetros de frente y doce metros ochenta centímetros por el centro, bajo los linderos siguientes: 'por el Sur y Oriente, con casa y solar de la vendedora; por el Occidente, calle de por medio, con tienda de los señores Liborio López y herederos de Rafaela Domínguez, y tienda y terreno de los herederos de Vicente Domínguez, y por el Norte, con casa de Benito Valverde.' "

2° El lote de terreno y la faja o zona de terreno determinados en los numerales 1° y 2° de la primera petición de esta demanda, y el lote de terreno objeto de la tercera petición, son parte integrante del terreno de veintitrés metros veinte centímetros de frente y doce metros ochenta centímetros de fondo, que bajo los linderos del hecho precedente, le vendió María Santos Fernández viuda de López a Florentina Losada por medio de la escritura pública número 335, de diez y nueve de agosto de mil ochocientos noventa y seis, de la Notaría 1ª de Cali.

3° Florentina Losada adquirió el dominio de la casita y del terreno comprados por ella a María Santos Fernández viuda de López, y por consiguiente el de los lotes de terreno determinados en las peticiones primera y tercera de esta demanda, que hacen parte integrante de la cabida de veintitrés metros veinte centímetros de frente por doce metros ochenta centímetros de fondo, de dicho terreno, por la entrega o tradición que de tales bienes le hizo su dueña María Santos Fernández viuda de López, por medio de la compraventa consignada en la escritura pública número 335, de diez y nueve de agosto de mil ochocientos noventa y seis, de la Notaría 1ª de Cali, título que se inscribió en la Oficina de Registro del Circuito de Cali, el día veinte de agosto del mismo año de mil ochocientos noventa y seis, y del cual consta que Florentina Losada aceptó la tradición o entrega.

4° Siendo ya dueña Florentina Losada de la casa y terreno que compró a María Santos Fernández viuda de López, por la escritura número 335, de diez y nueve de agosto de mil ochocientos noventa y seis, de la Notaría 1ª de Cali, le vendió a Antonio López A., por medio de la escritura pública número 345, de diez y ocho de marzo de mil novecientos veinte, de la citada Notaría 1ª de Cali, inscrita en la Oficina de Registro de dicho Circuito el día treinta y uno del mes y año mencionados, una pieza de habitación de dicha casa, construída de paredes de adobe y techo de tejas de barro, de la cual le hizo entrega, como cuerpo cierto e inconfundible, por sus cuatro paredes de adobe que la forman, cierran y limitan, y que no tiene comunicación de ninguna especie con el resto de la casa y terreno que le quedó a la vendedora.

5° Cuando Florentina Losada vendió a Antonio López A. la pieza de habitación mencionada en el hecho precedente, colindaba por el Oriente, como colinda todavía, con solar de la casa comprada a María Santos Fernández viuda de López, por la escritura número 335, de mil ochocientos noventa y seis, de la Notaría 1ª de Cali, solar que la vendedora, señora Losada, afirmó erróneamente que pertenecía a José María Borrero, no habiéndolo enajenado a favor de este señor ni de otra persona, antes ni después de la venta de la pieza hecha a Antonio López A.

6° Mediante la compraventa consignada en la escritura número 1169, de trece de noviembre de mil novecientos veinte, de la Notaría 1ª del Circuito de Cali, inscrita en la Oficina de Registro del propio Circuito, el día diez y siete del mismo mes y año, Florentina Losada transfirió en favor de su hija Remedios Losada el dominio de una casa de habitación con su terreno, ubicada en el barrio de La Merced, de la ciudad de Cali, que mide quince metros cincuenta centímetros de frente y doce metros cuarenta y tres centímetros de centro, adquirida por compra hecha a María Santos Fernández viuda de López, por la escritura número 335, de mil ochocientos noventa y seis, de la Notaría 1ª de Cali, y colindando por el Oriente, dijo, con casa y solar del señor José María Borrero; por el Occidente, calle de por medio, con casa de Miguel Calero S.; por el Norte, con casa y solar que fue del señor Jesús Plaza, hoy de las señoritas Mercedes y Concepción Borrero Villaquirán, y por el Sur, parte con una pieza o tienda del señor Antonio López y con casa y solar del mismo señor José María Borrero.

7° La pieza o tienda que Florentina Losada vendió a Antonio López A. por medio de la escritura número 345, de diez y ocho de marzo de mil novecientos veinte, de la Notaría 1ª de Cali, colindando por el Oriente, según dicha escritura, con casa y solar del señor José María Borrero; por el Occidente, calle de por medio, con casa del señor Miguel Calero S.; por el Norte, con casa de la vendedora, y por el Sur con casa y solar del señor José María Borrero; mide de frente siete metros veinte centímetros y de centro cuatro metros.

8° De la casa y terreno que Florentina Losada compró a María Santos Fernández viuda de López, por la escritura número 335, de diez y nueve de agosto de mil ochocientos noventa y seis, de la Notaría 1ª de Cali, de veintitrés metros veinte centímetros de frente por doce me-

tros ochenta centímetros de centro, la compradora, señora Losada, sólo enajenó la pieza o tienda de siete metros veinte centímetros de frente por cuatro metros de centro, que vendió a Antonio López A. por la escritura número 345, de diez y ocho de marzo de mil novecientos veinte, de la Notaría 1ª de Cali, y la casa y terreno de quince metros cincuenta centímetros de frente por doce metros cuarenta y tres centímetros de centro, que vendió a su hija Remedios Losada por medio de la escritura número 1169, de trece de noviembre de mil novecientos veinte, de la precitada Notaría 1ª de Cali; y dejó de enajenar:

1º El lote de terreno que queda al respaldo oriental de la pieza o tienda que vendió a Antonio López A., que mide siete metros veinte centímetros de frente por ocho metros ochenta centímetros de centro, y que linda: por el Oriente y por el Sur, con propiedad del señor José María Borrero; por el Occidente, con la pieza vendida a Antonio López A., hoy también del señor José María Borrero, y por el Norte, con terreno que fue de Remedios Losada, hoy de propiedad del actor, y con zona de terreno que fue de la misma Florentina Losada hoy de su sucesión; y

2º La zona de terreno de diez y seis metros de longitud o frente, por treinta y siete centímetros de anchura o centro, que queda al respaldo oriental de la casa y terreno vendidos a Remedios Losada, y que actualmente linda: por el Oriente, con propiedad del señor José María Borrero; por el Occidente, en parte, con propiedad de Remedios Losada, pared de por medio, y en parte con terreno de propiedad del actor; por el Norte, con propiedad de las señoritas Mercedes y Concepción Borrero Villaquirán, y por el Sur, con el lote de terreno determinado en el numeral precedente, de propiedad de la sucesión de Florentina Losada.

9º El lote de terreno y la faja de terreno determinados en los numerales 1º y 2º del hecho precedente, partes integrantes del terreno cuyo dominio transfirió María Santos Fernández viuda de López a Florentina Losada, por medio de la escritura número 335, de diez y nueve de agosto de mil ochocientos noventa y seis, de la Notaría 1ª de Cali, lote y zona de terreno cuyo dominio no transfirió a nadie Florentina Losada, pertenecen en propiedad a la sucesión de esta señora, por haber ella fallecido ya.

10. El señor José María Borrero posee y retiene actualmente, sin título legal ninguno, el lote de terreno y la zona de terreno de propiedad de la sucesión de Florentina Losada, mencionados en el hecho precedente.

11. Por la escritura número 1270, de veintidós de diciembre de mil novecientos veinticinco, Notaría 2ª de Cali, aclarada por la escritura número 331, de ocho de marzo de mil novecientos veintiséis, de la precitada Notaría, inscritas ambas en la Oficina de Registro de Cali, Remedios Losada transfirió al actor la propiedad de una tienda construída de paredes de adobe y tabique, cubiertas de teja de barro, y del terreno correspondiente, que queda al respaldo oriental de la tienda, bienes que hacen parte integrante de los que Remedios Losada adquirió de su madre Florentina Losada, por escritura pública número 1169, de trece de noviembre de mil novecientos veinte, de la Notaría 1ª de Cali, que se encuentran ubicados en el barrio de La Merced, de dicha ciudad, y miden, la tienda, cuatro metros de frente por cuatro de centro, y el terreno correspondiente, cuatro metros de frente a la pared oriental de la tienda, y ocho metros cuarenta y tres centímetros de centro o fondo, y lindan juntos, por el Oriente, con terreno de la sucesión de Florentina Losada; por el Occidente, calle 6ª de por medio, con casa del señor Miguel Calero S.; por el Norte, con casa y solar de la vendedora Remedios Losada, y por el Sur, en parte, con la pieza o tienda que fue de Antonio López A., hoy del señor José María Borrero, y en parte con lote de terreno de la sucesión de Florentina Losada.

12. Los bienes mencionados en el hecho precedente son de la exclusiva propiedad del demandante.

13. De los bienes mencionados en el hecho anterior, cuyo dominio transfirió al actor Remedios Losada por la escritura número 1270, de veintidós de diciembre de mil novecientos veinticinco, aclarada por la número 331 de mil novecientos veintiséis, ambas de la Notaría 2ª de Cali, el demandado señor José María Borrero posee y retiene, sin título legal ninguno, el solar que queda al respaldo oriental de la tienda correspondiente a ésta, que mide cuatro metros de frente y ocho metros cuarenta y tres centímetros de centro o fondo, y que linda: por el Oriente, con faja o zona de terreno de la sucesión de Florentina Losada, ocupada por el demandado; por el Occidente, con la pared oriental de la tienda de mi propiedad, comprada a Remedios Losada; por el Norte, con casa y solar de Remedios Losada, y por el Sur, con lote de terreno de propiedad de la sucesión de Florentina Losada, ocupado indebidamente por el demandado, señor José María Borrero.

14. Florentina Losada, vecina de Cali, falleció soltera en dicha ciudad, el día veintitrés de abril de mil novecientos veinticinco.

15. Remedios Losada es hija natural, y legitimaria, por consiguiente, de Florentina Losada.

16. Remedios Losada transfirió al actor, a título de venta, el derecho de herencia que le corresponde o puede corresponderle como heredera de Florentina Losada, en los bienes determinados bajo los numerales 1º y 2º de la primera petición de esta demanda, transferencia que le hizo por medio de la escritura pública número 1270, de veintidós de diciembre de mil novecientos veinticinco, aclarada por la número 331, de nueve de marzo de mil novecientos veintiséis, ambas de la Notaría 2ª de Cali, y debidamente registradas; y

17. Como sucesor de los derechos hereditarios que a Remedios Losada le corresponden o pueden corresponderle, como heredera de su madre natural Florentina Losada, en los bienes determinados bajo los numerales 1º y 2º de la primera petición de esta demanda, el demandante tiene derecho a reivindicar dichos bienes para la sucesión de Florentina Losada.

El demandado contradijo las acciones, y opuso las excepciones perentorias de falta de acción, ilegitimidad de la personería del demandante, y de cualquier hecho que afecte la existencia de la obligación o la haya extinguido.

El Juez, en sentencia de fecha veintiuno de julio de mil novecientos veintiocho, resolvió el pleito así:

"1º La sucesión de Florentina Losada es dueña del siguiente bien raíz: un lote de terreno que mide de frente siete metros veinte centímetros, y de fondo ocho metros ochenta centímetros, ubicado en el barrio de La Merced, de esta ciudad, y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Norte, con propiedad hoy de las Albán; por el Sur, con predio de José María Borrero; por el Oriente, con predio de José María Borrero, y por el Oc-

cidente, pared de por medio, con tienda del señor José María Borrero.

"2º Condénase al señor José María Borrero a restituír a la referida sucesión, dentro del término de tres días, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, el referido lote de terreno.

"3º Condénase igualmente al señor José María Borrero a restituir a la referida sucesión, dentro del término de seis días al en que se haga la fijación en juicio sumario separado, el valor de los frutos naturales y civiles de dicho lote, desde el quince de noviembre de mil novecientos veintiséis, hasta el día de la entrega.

"4º El señor Blas Albán es dueño de un lote de terreno, que mide de frente cuatro metros, por ocho metros cuarenta y tres centímetros de fondo, ubicado en el barrio de La Merced, de esta ciudad, y que linda: por el Norte, con propiedad de Remedios Losada; por el Sur, con lote de terreno de la sucesión de Florentina Losada; por el Oriente, predio de José María Borrero, y por el Occidente, con tienda de las Albán, pared al medio.

"5º Condénase al señor José María Borrero a restituir al señor Blas Albán, dentro de tres días después de ejecutoriada esta sentencia, el referido lote de terreno, por los linderos y dimensiones dados en la anterior declaratoria.

"6º Condénase al mismo señor Borrero a pagarle al señor Albán, dentro de seis días después de hecha la fijación en juicio sumario separado, el valor de los frutos naturales y civiles del referido lote, desde el quince de noviembre de mil novecientos veintiséis hasta el día de la entrega.

"7º Absuélvese al señor José María Borrero de los cargos formulados en el numeral 2º de la petición primera de la demanda.

"8º Decláranse no probadas las excepciones perentorias opuestas por el demandado.

"10. (sic). No se hace condenación en costas."

Por apelación del demandado, el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de quince de octubre de mil novecientos veintinueve, resolvió que "no hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones pedidas por el demandante. Queda así reformada la sentencia que se ha revisado. Sin costas."

El actor interpuso casación. El recurso es admisible, y se basa en la causal primera.

Entre los varios motivos de la demanda de casación, figura la violación del artículo 678 del Código Judicial, que es disposición sustantiva referente a prueba, el cual dice que son documentos auténticos, entre otros, las actuaciones judiciales.

Para la cabal inteligencia de este cargo, es preciso tener en cuenta ciertos antecedentes especialísimos que han ocurrido respecto de los títulos de dominio con que el demandante respaldó su acción reivindicatoria. Los relata así la sentencia, y así sucedieron:

"Blas Albán hace derivar el dominio que se atribuye, de la compra que, según la escritura número 1270, de veintidós de diciembre de mil novecientos veinticinco, hizo a Remedios Losada. En esa escritura, aclarada por la número 331, de ocho de marzo de mil novecientos veintiséis, declara dicha señora que vende a Albán una tienda con su correspondiente terreno (cuyas dimensiones se hacen constar) y el derecho de herencia que le corresponde o le puede corresponder como heredera de su madre, la señora Florentina Losada, en los siguientes bienes.....' Consisten éstos en un solar o lote y una faja de terreno, cuyas dimensiones y ubicación se determinan.

"Sucede—agrega la sentencia—que las citadas escrituras fueron desglosadas del proceso y entregadas al doctor Temístocles Rengifo V.; pero aunque en el expediente figura la copia prevenida por el artículo 725 del Código Judicial y el 335 de la Ley 105 de 1890, esa copia no tiene valor legal, por no ser auténtica, calidad de que carece, por no constar que la haya autorizado el respectivo Secretario."

De estos antecedentes deduce el Tribunal que "como con las mencionadas escrituras números 1270, de veintidós de diciembre de mil novecientos veinticinco, y 331, de ocho de marzo de mil novecientos veintiséis, pretendía comprobar su dominio el demandante, y según la ley no figuran en el proceso dichas escrituras, no aparece legalmente comprobado ese dominio, en cuya virtud debe reformarse el fallo de primera instancia para absolver a Borrero de los cargos por los cuales fue condenado."

El recurrente desarrolla el cargo de violación del artículo 706 del Código Judicial, en estos términos:

"Si bien es exacto que las copias tomadas para efectuar el desglose de las antedichas escrituras, que constituyen los títulos directos en que el demandante funda las acciones deducidas, no fueron firmadas por el Secretario, quien tenía el deber de hacerlo, conforme a la ley, el Tribunal, para fallar de acuerdo con la verdad de los hechos, debió considerar que habiendo obrado en el juicio tales escrituras, como que habían sido presentadas con la demanda, le era forzoso tenerlas como pruebas, para dar cumplimiento al artículo 706 del Código Judicial; y si no podía hacerlo en vista de las copias que sin firma suya dejó el Secretario en el expediente, debió ordenar que se trajesen nuevamente al proceso los originales desglosados, o que se practicara cualquier diligencia adecuada para cerciorarse de la exactitud de aquellas copias."

Se considera:

Cierto es que, como lo declara el Tribunal, el dominio del reivindicador sobre la cosa demandada debe comprobarse por el actor con los títulos correspondientes, aducidos en la forma legal, y cierto es también que si el demandante omite comprobar debidamente su dominio, la acción reivindicatoria ha de fallar.

Pero no es este el caso que ocurre en el presente juicio, sino otro muy diverso, que la sentencia no distingue, a saber: que habiendo presentado el reivindicador su título de propiedad en forma regular, éste desapareció del proceso a virtud de desglose, quedando sustituído por una copia, que carece de la firma del funcionario que la expidió. El demandante aparejó su demanda con las mencionadas escrituras; de ellas tuvo conocimiento el demandado, a virtud de los traslados que sucesivamente se le confirieron el veinte de abril y el diez y seis de junio de mil novecientos veintiséis, antes de que se verificara el desglose; y cuando después de varios incidentes en la tramitación volvió a tomar el juicio en traslado el trece de noviembre del mismo año, cuando ya estaba verificado el desglose de las escrituras, lejos de objetar estos títulos en razón de los defectos de las copias, cierto

como estaba de que aquellos instrumentos habían obrado en el juicio y de los términos de sus estipulaciones, los apreció de fondo en la contestación de la demanda, al responder el hecho 11 del libelo, en el cual el actor hizo mérito de ellos, y al efecto dijo:

"No presto mi asentimiento, y antes bien, lo contradigo formalmente, desde luégo que las escrituras de que allí se habla no pueden afectar derechos legítimamente adquiridos por terceros."

Ninguna objeción a ellos por motivo de su copia, sino hallando ésta absolutamente conforme a los originales que él había conocido **proprio visu**, planteó la litis en los términos que se dejan copiados.

La cuestión que surge de todas estas circunstancias, no es la suscitada por el Tribunal, de que tales instrumentos no figuran en el proceso, y el demandante no comprobó su dominio, sino que otro es el problema, a saber: que habiendo presentado el reivindicador de manera regular esos títulos al juicio; que habiéndolos hallado ciertos el demandado, sin más objeción que la relativa a sus efectos; que habiendo desaparecido del juicio las copias notariales por razón del desglose, y sustituídas por otras, que sin culpa del demandante carecen de la firma del Secretario, ¿qué efectos en materia de probanza resultan para las partes?

Las copias son una continuación de las escrituras desglosadas, y legalmente tienen el mismo valor que los instrumentos que reemplazan. Si las escrituras que presenta el demandante con la demanda son aceptadas por el demandado, y si éste acepta expresa o tácitamente las copias que quedan en el juicio en virtud del desglose decretado por el juzgador, es obvio, en armonía con el artículo 678 del Código Judicial, que tales copias ha debido estimarlas el sentenciador como pruebas aducidas en el juicio.

Las actuaciones judiciales son documentos auténticos, de acuerdo con el ordinal 4º del citado artículo 678. El incidente sobre desglose es, a no dudarlo, una actuación judicial, constituída en el presente caso por la solicitud, auto de traslado, orden de entrega de las escrituras, notificaciones y copias. Al pie de éstas hay un recibo suscrito por el apoderado del actor, en que consta que éste recibió de manos del Secretario las escrituras cuya entrega ordenó el Juez en auto ejecutoriado. Cumplidas quedaron, además, las prescripciones establecidas por el artículo 335 de la Ley 105 de 1890.

Ahora bien: es indudable que los títulos cuyas copias quedaron en el expediente fueron presentados con la demanda; que esos títulos fueron entregados al demandante en virtud del derecho que se le concedió de desglosarlos; que los recibió y quedó en el expediente la copia que ordena la ley; que no hay duda de que la copia fue fiel, desde luégo que la contraparte se refirió a su contenido, y sobre él contestó la demanda. De modo que hay una actuación judicial que no puede desconocerse como prueba documental auténtica, por más que el Secretario hubiera olvidado poner su firma al pie de las copias, una vez que el contenido de ellas es cierto y positivo, dadas las circunstancias que así lo acreditan.

En el presente caso no se trata de copias traídas al juicio procedentes de otras oficinas, copias que requieren ncesariamente la firma del funcionario que las expide para acreditar su autenticidad: se trata de unas copias que por las circunstancias que antecedieron a su expedición y subsiguieron a ella, no pueden desconocerse como parte de una actuación judicial, cuya veracidad no se ha puesto en tela de juicio.

Por tanto, ha sido infringido, por el concepto anotado, el artículo 678 del Código Judicial, que es uno de los señalados por el recurrente, y debe casarse por ello la sentencia.

Para dictar el fallo de fondo, la Corte considera:

El demandante reivindica tres lotes por separado, que demarca cada uno con alinderación especial y les señala ubicación común. Sostiene en su libelo que tales lotes, aunque individualizados así, "son parte integrante del terreno de veintitrés metros veinte centímetros de frente, por doce metros ochenta centímetros de fondo."

La propiedad de este terreno total la hace proceder el actor de los siguientes títulos antecedentes:

a) La escritura pública número 335, Notaría 1ª de Cali, fecha diez y nueve de agosto de mil ochocientos noventa y seis, por la cual María Santos Fernández viuda de López vendió a Florentina Losada una casita de teja, construída sobre paredes de adobe y sobre un terreno que mide veintitrés metros veinte centímetros de frente y doce metros ochenta centímetros de centro. Esta finca se alinderó así: Sur y Oriente, con casa y solar de la vendedora; Occidente, calle de por medio, con tiendas de Liborio López y herederos de Rafaela Domínguez, y tienda y terrenos de los herederos de Vicenta Domínguez; Norte, con casa de Vicente Valverde. De esta casa hubo de sustraerse una pieza que la compradora Losada vendió a Antonio López, por escritura número 347, Notaría de Cali, fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos veinte.

b) Florentina Losada, por escritura número 1169, Notaría 1ª de Cali, de fecha trece de noviembre de mil novecientos veinte, vendió a Remedios Losada, hija suya, "la mencionada casa con su terreno," cuyo inmueble mide de frente quince metros cincuenta centímetros, por doce metros cuarenta y tres centímetros, con estos linderos: Oriente, con casa y solar de José María Borrero; Occidente, calle de por medio, con casa de Miguel Calero S.; Norte, con casa y solar que fue de Juan Plaza, hoy de Mercedes y Concepción Borrero Villaquirán; Sur, parte con una pieza o tienda de Antonio López A. y con casa y solar de José María Borrero.

c) Remedios Losada vendió a Blas Albán, por escritura número 1270, Notaría 2ª de Cali, fecha veintidós de diciembre de mil novecientos veinticinco, estos bienes: una tienda construída de paredes de adobe y tabique, cubierta de teja de barro, con su correspondiente terreno, que mide cuatro metros de frente a la calle 6ª y doce metros ochenta centímetros de fondo, ubicada en el barrio de La Merced, de la ciudad de Cali, y alinderada así: Norte, casa y solar de la vendedora; por el Sur, en parte, pared medianera de por medio, con tienda o pieza que fue de Antonio López A., finado, hoy de José María Borrero, y en parte con terreno perteneciente a la sucesión de Florentina Losada; Oriente, con propiedad de José María Borrero; Occidente, calle 6ª de por medio, con propiedad de Miguel Calero; el derecho de herencia de la vendedora en la sucesión de su madre Florentina Losada, radicado en los siguientes bienes:

1º En un solar que mide siete metros veinte centímetros de frente, por ocho metros ochenta centímetros de

fondo, y que linda: Norte, con el terreno del solar de la tienda vendida por esta misma escritura en la letra **a)**; Oriente, Sur y Occidente, con propiedades de José María Borrero.

2º Una faja de terreno de trece metros setenta y cinco centímetros de longitud, por cuarenta centímetros de anchura, con estos linderos: Norte, con propiedad de Mercedes y Concepción Borrero Villaquirán; Sur, con el solar de la tienda designada en esta misma escritura con la letra **a)**; Oriente, con propiedad de José María Borrero; Occidente, pared medianera por medio, con propiedad de la vendedora.

Esta escritura fue aclarada por los otorgantes mismos, por medio del instrumento público número 331, Notaría 2ª de Cali, fecha ocho de marzo de mil novecientos veintiséis. Consistió la aclaración en la rectificación que hicieron de las dimensiones de la tienda y su terreno adyacente, así: la tienda sola, cuatro metros de frente por cuatro metros de fondo; el terreno, que es el que da al respaldo de la pared oriental de la tienda, cuatro metros al frente de ésta por ocho metros cuarenta y tres centímetros de fondo; de manera que tienda y terreno juntos miden cuatro metros de frente por doce metros cuarenta y tres centímetros de fondo. Rectificaron también los otorgantes la alinderación de la finca por el Oriente, dándole la colindancia de un terreno de la sucesión de Florentina Losada, en vez de una propiedad de José María Borrero.

Rectificáronse también las dimensiones de la faja de terreno que bajo la letra **b)** de la escritura primitiva se designó como constitutiva de los derechos hereditarios en la sucesión de Florentina Losada vendidos a Albán, dimensiones que se fijaron así: longitud, diez y seis metros, en vez de trece; modificóse la alinderación así: por el Sur, lote de terreno de la sucesión de Florentina Losada, y por el Occidente, propiedad de Remedios Losada y terreno del comprador Albán, correspondiente a la tienda vendida por la escritura que se aclara.

Fue aclarado igualmente el lindero Norte del lote **a)**, en que radicaban derechos hereditarios en la misma sucesión.

Los títulos que se dejan relatados demuestran los orígenes de la propiedad de las fincas que el actor ha reclamado en reivindicación, y que de la casa vendida por María Santos Fernández viuda de López—escritura número 335 de primero de agosto de mil ochocientos noventa y seis—a Florentina Losada, sólo una pieza fue desmembrada a virtud de la enajenación que ella misma hizo de una parte a Antonio López A.

El resto de la propiedad permaneció en poder de Florentina hasta mil novecientos veinte, en que por escritura pública número 1169, de trece de noviembre, transfirió a título de compraventa a Remedios Losada la casa, con quice metros cincuenta centímetros de frente por doce metros cuarenta y tres centímetros de fondo.

El Juez de la causa deduce estas conclusiones de los dos primeros títulos, las cuales acoge la Corte:

"Por el frente occidental hacia la calle 6ª, quedó, pues, vendida toda la longitud de veintitrés metros veinte centímetros, que adquirió Florentina Losada de María Santos Fernández (escritura número 335)."

Florentina Losada vendió a su vez a Antonio López una pieza de la casa (escritura número 345), con las dimensiones de siete metros veinte centímetros de frente por tres metros noventa y siete centímetros de fondo (inspección ocular del siete de abril de mil novecientos veintisiete). Por el lado oriental, dice la sentencia del Juez, de esta pieza hasta el extremo del primitivo lote comprado por Florentina Losada, no estaba vendida por ésta parte alguna.

El demandado opuso a estos títulos tan sólo la escritura pública número 482, Notaría 1ª de Cali, de fecha veintidós de mayo de 1923, por la cual celebraron un contrato de permuta Francisco Cobo y José María Borrero, a virtud del cual el segundo recibió del primero dos piezas sobre paredes de adobe, cubiertas de teja de barro, situadas en el barrio de La Merced, de Cali.

Se observa desde luégo que la alinderación de esta finca no coincide con la reclamada, y sobre todo que la fecha de aquella escritura y de la que sirve de título a Cobo para acreditar la propiedad dada en permuta (año de mil novecientos veintitrés), es posterior a los dos títulos primitivos de donde arranca la propiedad de Albán (escritura número 335, de diez y nueve de agosto de mil ochocientos noventa y seis; escritura número 345, de diez y ocho de marzo de mil novecientos veinte).

Es de notarse también como hecho de mucho alcance, que en el recurso de apelación que entabló el demandado Borrero contra la sentencia que le fue adversa en lo principal del litigio, lejos de continuar el debate en el terreno de preferencia de sus títulos de propiedad contra los del actor, se limitó a proponer la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dos de las fincas demandadas.

Como el Tribunal no tuvo ocasión de considerar esta excepción, toca a esta Superioridad estudiarla.

El apoderado del demandado propuso la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva en el alegato de conclusión presentado en segunda instancia, apoyado:

1º En la escritura número 629, Notaría de Cali, de fecha diez de septiembre de mil novecientos quince, registrada el catorce de octubre siguiente.

2º Copia del remate en que le fueron adjudicados a Borrero los derechos que tenían los menores Emilio Lorenzo y Jorge Enrique López, en la casa a que se refiere la escritura 629 citada; y

3º La diligencia de inventarios y avalúos practicada en los juicios de sucesión acumulados de María Santos Fernández de López, Ismael López y María Josefa Aramburo de López.

No existe en el juicio la prueba de que tales instrumentos comprendan los lotes que reivindica Blas Albán, prueba indispensable para que prospere la excepción. En autos existe, antes, por el contrario, la presunción de que no los comprenden, deducida de los linderos que constan en los títulos que invoca el opositor.

En efecto: por la escritura pública de fecha diez de septiembre de mil novecientos quince, los señores Antonio López A., Buenaventura López A., Agustín López A., los esposos Carmen López y Enrique Correa, Alejandro López A. y José Lino Lanfort, dieron en venta real y enajenación perpetua a favor del señor José María Borrero, y éste compró para sí, es a saber: "todos los derechos de propiedad y de dominio que tenían los otorgantes en la casa que fue de los señores Ismael López y María Josefa Aramburo de López, casa que tiene paredes de bahareque y techo cubierto con tejas de barro, más

su terreno propio correspondiente, propiedad ubicada en el barrio de La Merced, en la carrera 4ª de esta ciudad, y que se halla comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Oriente, con predio de los herederos del señor José Ignacio López, advirtiendo que por este lado la línea divisoria es sinuosa o quebrada; por el Occidente, calle de por medio, con casa y solar del señor Liborio López; por el Sur, carrera 4ª al medio, con casa del señor Martín Zatizábal, y por el Norte, casas y solares de los señores Jesús A. Plaza y Florentina Losada."

Los linderos de los derechos que remató Borrero y que pertenecían a los menores Emilio Lorenzo y Jorge Enrique López, son los mismos consignados en la citada escritura 629.

En las sucesiones acumuladas de María Santos Fernández viuda de López y los cónyuges Ismael López y María Josefa Aramburo de López, se inventarió en mil novecientos once la misma casa, y se adjudicó en mil novecientos trece a los hedereros por estos linderos: "por el Oriente, con casa y solar del señor José Ignacio López y de la señora Rosa Grajales viuda de López, respectivamente; por el Occidente, calle al medio, con casa del señor Liborio López; por el Norte, con solar y cocina de la casa de la señora Matilde Valverde y con casa y solar de la señora Florentina Losada, y por el Sur, calle al medio, con casa de los señores Martín Peregrino Zatizábal y Joaquín Rengifo Salazar."

En los títulos que invoca el demandado como fundamento de la prescripción, consta de modo claro que su propiedad linda, desde mil novecientos once, por el Norte, con casa y solar de Florentina Losada, de lo cual se infiere que quedaron excluídos los lotes que reivindica el actor.

Como la prescripción adquisitiva ordinaria ha menester de justo título, y como éste no está acreditado en el juicio, la excepción propuesta por el demandado es improcedente (artículos 764, 980 y 2528 del Código Civil).

De este recurso conoció la Sala Plena de Casación Civil, por tratarse de un caso en que se establece nueva doctrina (artículo 1º de la Ley 118 de 1931).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º Cásase la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en este juicio con fecha quince de octubre de mil novecientos veintinueve.

2º Confírmase la sentencia de primera instancia.

3º Sin costas en las instancias y en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Tancredo Nannetti**—El Conjuez, **Manuel Ocampo. Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

El señor Daniel Gómez E. demandó a la Sociedad de Estrada G. Hermanos, para que en sentencia definitiva se condenara a ésta:

"1º A restituírme dentro del término de tres días (artículo 870, Código Judicial), en la estación de San Francisco, del Ferrocarril de Caldas, mil setenta y seis sacos de cemento, de cincuenta y siete kilogramos cada uno, que me debe desde el mes de abril del corriente año, o su valor en dinero, computado al precio que tenga dicho artículo en el mercado, en el mismo lugar, el día de la restitución.

"2º A pagarme, dentro del término de seis días (artículo 869, Código Judicial) la suma de ocho mil cuatrocientos cincuenta pesos ($ 8,450), en que estimo y probaré los perjuicios que he sufrido por causa de la demora en entregárseme el cemento que reclamo; y

"3º A pagarme las costas de este juicio....."

Expuso estos hechos:

"1º El vapor **Hanna Skogland**, que entró al puerto de Buenaventura el veintiocho de septiembre de mil novecientos veintiséis, trajo para mí, y de mi propiedad, un cargamento de tres mil quinientos sacos de cemento, con un peso total de ciento noventa y nueve mil quinientos kilogramos, remitido por los señores Holmberg Fassdender & Co., de Gothemburgo.

"2º Este cemento vino consignado a los señores Estrada G. Hermanos, en dicho puerto, quienes lo recibieron por mi cuenta, como comisionistas de transportes, con la orden de reexpedirlo por las vías de los ferrocarriles del Pacífico y de Caldas, hasta la estación de San Francisco, en este último.

"3º El cargamento dicho fue reexpedido, en realidad, y llegó a la mencionada estación de San Francisco, consignado por la Casa Estrada G. Hermanos a ellos mismos, quienes, para el mes de febrero del año que termina, lo tenían recibido íntegramente del Ferrocarril de Caldas, después de pagar a esta Empresa, al recibirle el cargamento y cancelarle los correspondientes conocimientos férreos, las cuentas por fletes y demás gastos, cuentas que me fueron pasadas a mi turno por el comisionista, con fecha veinticuatro de tal mes.

"4º Los señores Estrada G. Hermanos, por conducto de sus agentes en San Francisco, empezaron a reexpedir por lotes, a mi consignación, el cemento aludido a esta ciudad de Manizales, en diferentes remesas, hasta completar el número de dos mil doscientos setenta sacos, de los que se introducen como de un peso de cincuenta y siete kilogramos cada uno.

"5º Posteriormente recibí, imputables a la misma cuenta, una nueva cantidad de ciento noventa y cuatro sacos, de un peso de cincuenta kilogramos cada uno, que equivalen a ciento cincuenta y cuatro sacos de cincuenta y siete kilogramos, y los cuales aboné al comisionista, no obstante que estaban ya petrificados por causa de las grandes demoras en que él incurrió para remitírmelos, y de las cuales fue él exclusivamente el culpable.

"6º Repetidas veces me he dirigido a los señores mencionados, reclamándoles el saldo del cemento que me deben de plazo cumplido, desde abril del año que termina, o sean mil setenta y seis sacos de cemento, de cincuenta y siete kilogramos cada uno, y los cuales les estoy cobrando desde entonces, sin resultado alguno.

"7º El demandado me ha reconocido expresamente, por medio de su correspondencia, que es corriente el saldo de cemento que le he deducido a mi favor y en su contra,

pero sin dar una razón seria y aceptable que explique su renuencia a restituírmelo.

"8º Durante el año a que he venido refiriéndome, he estado construyendo en esta ciudad los edificios que poseo en la esquina comprendida en el cruce de la carrera doce con la calle doce, los cuales se edifican en concreto, para cuyo efecto se requiere el cemento, como elemento esencial, en grandes cantidades.

"9º Contando con la oportuna llegada del cemento, que debía entregar el comisionista Estrada G. Hermanos, y el cual estaba bajo su custodia como tal y a mi orden en San Francisco, establecí extensamente trabajos en aquellos edificios, en forma de dejarlos terminados en un término racional: organicé trabajadores y oficiales, y arreglé las cosas de manera que, sin el obstáculo presentado y causado por la demora de mis comisionistas en entregarme el cemento que me deben, los edificios hubieran estado dados al servicio para el mes de octubre del presente año, y produciéndome ellos una renta no menor de mil novecientos pesos mensuales. Esa demora ha hecho que mis edificios no puedan estar terminados y dados al servicio sino a fines de diciembre del mismo año, esto es, tres meses después de la fecha en que sin esa demora hubieran estado terminados.

"10. Por carecer del cemento que me debe el demandado, en momentos en que el empleo de este material se hacía urgentísimo e imprescindible, fuera del lucro cesante de que ya hablé, he sufrido en aquellas obras graves trastornos causados por la suspensión intempestiva de las labores efectuadas por obreros que me han estado trabajando al jornal, y he soportado el perjuicio de tener que comprar en esta plaza un equivalente de novecientos tres sacos de cemento, de cincuenta y siete kilogramos cada uno, por un precio de cuatro mil novecientos noventa y nueve pesos con cuarenta y ocho centavos, para poder continuar mis trabajos, al paso que la misma cantidad del cemento que introduje, y que el demandado retiene indebidamente, me sale costando la suma de dos mil doscientos cuarenta y ocho pesos, resultando, por tanto, una diferencia, que son perjuicios para mí por ese mayor costo, equivalente a dos mil setecientos cincuenta y un pesos ($ 2,751)."

Después adicionó Gómez la demanda así:

"Como por la forma como la firma de Estrada G. Hermanos se ha hecho conocer en el comercio, no es fácil saber a ciencia cierta si se trata de una sociedad comercial legalmente constituída o de una institución de hecho, pido en subsidio que, en este último caso, se considere como demandado en los términos de aquella demanda y de este memorial, y de conformidad con el artículo 472 del Código de Comercio, personalmente, al señor José María Estrada, cuya vecindad ya se expresó en tal demanda; pues dicho señor es quien figura como representante de los negocios que gestiona la firma conocida con el nombre de Estrada G. Hermanos."

Agregó, asimismo, los siguientes hechos:

"11. Con motivo de la gran congestión de carga que hubo durante el año de mil novecientos veintiséis y principios de mil novecientos veintisiete, en la estación de San Francisco, para evitar pérdidas y para buscar mayor facilidad y rapidez en el manejo de los cargamentos, construí, en compañía de los señores Enrique Valencia y Rafael Jenaro Mejía, de esta ciudad de Manizales, una bodega próxima a la estación del Ferrocarril de Caldas en dicha población de San Francisco.

"12. Esa bodega estaba destinada a entregar a nuestros agentes, que lo eran los señores Estrada G. Hermanos, para que allí almacenaran los cargamentos nuestros que les vinieran consignados, en vez de dejarlos en las bodegas del Ferrocarril, expuestos a sufrir las contingencias de pérdidas y deterioros que podía causar la misma congestión que había en ellas.

"13. Los señores Estrada G. Hermanos manejaron aquella bodega como si fuera propia, y ellos guardaban en su poder y manajaban la llave correspondiente, y despachaban a los distintos interesados, no como administradores siquiera de la bodega por cuenta de los dueños de ésta, sino como comisionistas de transportes, cargamentos de los que guardaban en ella, y cuyas cantidades sólo ellos conocían, y que estaban todavía consignados á ellos.

"14. En dicha bodega, los agentes de Estrada G. Hermanos, recibían del Ferrocarril de Caldas los cargamentos nuestros que les venían consignados, sin intervención de ningún empleado mío ni de ningún otro factor que indicara siquiera que yo estuviera dando por recibido mi cemento en dicha bodega, toda vez que allí los únicos que controlaban el movimiento de carga eran los agentes de los señores Estrada G. Hermanos, y toda vez que nunca existió ni estuvo presente un empleado o representante mío que presenciara y verificara la exctitud de los cargamentos que entraran a la bodega para darlos por recibidos, resultando de todo esto que dichos señores comisionistas, aunque la bodega que les teníamos prestada fuera de nuestra propiedad ,seguían siendo los depositarios y custodios, como tales, comisionistas de transportes, de los cargamentos míos que se les habían consignado."

El señor Estrada G. contestó la demanda, oponiéndose a la acción deducida, y alegando las excepciones de pago, inexistencia de la obligación, petición de modo indebido, error de cuenta, la del artículo 51 de la Ley 105 de 1890, caso fortuito, compensación, y la que resulta del derecho de los comisionistas a retener cuando no se les pagan los gastos.

A los hechos, respondió de esta manera:

"1º Es cierto, y aun cuando el Ferrocarril del Pacífico y la Aduana de Buenaventura, de acuerdo con la resolución tomada por ambas entidades o por una de ellas, sacaban de los cementos que llegaban hasta un diez por ciento para mermas y pérdidas; el cemento de don Daniel se sacó íntegramente por los comisionistas; en cuanto al número de sacos.

"2º Es cierto: la obligación de Estrada G. Hermanos era reexpedir el cemento hasta San Francisco, y entregarlo allí al dueño todo lo cual se cumplió exactamente, como lo confiesa el demandante, y como se probará superabundantemente en este juicio.

"3º Es cierto, y en San Francisco lo recibió don Daniel, en una bodega que tenía allí en compañía de otras dos personas. Es cierto también que se le pasó la cuenta de gastos, y sólo pagó parte.

"4º Este hecho, en la forma en que está redactado, es falso, incompleto y oscuro. Sobre la materia hay lo siguiente: ya el cemento en San Francisco metido en una

bodega de don Daniel, de Enrique Valencia y de don Rafael Jenaro Mejía, y consecuencialmente recibido ya el cemento por don Daniel, y cumplida por tanto la obligación de Estrada G. Hermanos, don Rafael Jenaro dejó la llave de tal bodega en poder de Estrada G. Hermanos, para que cada vez que llegaran arrieros de Manizales con orden de cualquiera de los tres dichos interesados para sacar materiales, entregaran las llaves a esos arrieros. Por lo demás, fuera del cemento que dice don Daniel recibió, recibió también todo el que era de él. De manera que hoy nada se le debe. Pero aun cuando se le debiera, repito que Estrada G. Hermanos cumplieron su obligación al entregar a don Daniel el cemento en San Francisco. Advierto también que la bodega de Gómez, Mejía y Valencia fue construída en pésimas condiciones, pues no le pusieron piso, mejor dicho, el piso era la misma tierra, ni le hicieron desagües alrededor, de manera que en caso de lluvia el agua se entraba a la bodega.

"5º Repito que don Daniel recibió todo el cemento en San Francisco. Y aunque eso ya no importa a Estrada G. Hermanos, lo recibió también todo en Manizales. Es falso que los comisionistas tuvieran la culpa de la petrificación.

"6º Es cierto que don Daniel nos ha hecho reclamos, pero sin justicia ninguna.

"7º Puede suceder que se haya reconocido que don Daniel no había recibido en Manizales, en cierto tiempo, un cemento, pero como ya ese cemento estaba entregado en San Francisco, ninguna importancia tiene el hecho. Por lo demás, repito una vez más, don Daniel al fin tuvo en Manizales todo su cemento.

"8º, 9º y 10. No me consta, y los niego.

"11. Cierto.

"12. Nada me consta sobre el ánimo que tuvieran los constructores de la bodega.

"13 y 14. Falsos."

El señor Juez 2º del Circuito de Manizales dictó sentencia el ocho de agosto de mil novecientos veintinueve. en ella declaró:

"1º No probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, petición de modo indebido, caso fortuito, compensación y derecho de retención.

"2º Probadas las excepciones de pago en parte, por lo que hace a las cantidades de cemento abonadas después del catorce de diciembre de mil novecientos veintisiete —fecha de la notificación de la demanda—y de error de cuenta, en cuanto a la equivalencia de los ciento noventa y cuatro sacos de a cincuenta kilogramos, de que habla el ordinal 5º de los hechos de la demanda, que arroja diez y seis sacos más de los abonados por el demandante, quedando, por consiguiente, un saldo definitivo de ciento sesenta sacos de cemento, de cincuenta y siete kilogramos cada uno, a cargo de la parte demandada y a favor del demandante.

"3º En consecuencia, condénase a los señores Estrada G. Hermanos, Sociedad anónima domiciliada en Cali, y en su defecto al señor José María Estrada, vecino de Cali, a restituir, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia, al señor Daniel Gómez E., vecino de Manizales, la cantidad de ciento sesenta sacos de cemento (160), de a cincuenta y siete kilogramos cada uno, en el punto de la estación de San Francisco, del Ferrocarril de Caldas.

"4º Condénase a los referidos señores Estrada G. Hermanos, y en su defecto al señor José María Estrada, a pagar al dicho señor Gómez E., como perjuicios provenientes por la demora en el cumplimiento del contrato, la cantidad de dos mil cien pesos ($ 2,100) moneda nacional, dentro de los seis días siguientes a la notificación de la sentencia.

"5º No se hace especial condenación en costas."

Apelaron las partes, y el Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de treinta de abril de mil novecientos treinta, confirmó la del Juez, con estas reformas:

"Se condena al señor José María Estrada a entregar, dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta sentencia, al señor Daniel Gómez E., la cantidad de ciento sesenta sacos de cemento, de a cincuenta y siete kilogramos cada uno, en la estación de San Francisco, del Ferrocarril de Caldas.

"Se condena al mismo señor José María Estrada a pagar al expresado señor Daniel Gómez E., como perjuicios provenientes por la demora en el cumplimiento del contrato, la cantidad de mil quinientos pesos oro ($ 1,500), dentro de los seis días siguientes a la notificación de la sentencia."

El señor apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación, que el Tribunal le otorgó, previo avalúo de la cuantía de la acción, y que la Corte admite por hallarlo en las condiciones legales.

El recurrente invoca la causal primera de casación por violación de ley sustantiva y errores de derecho en la apreciación de las pruebas.

En primer lugar, expone que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar los recibos que obran a folios 14 a 49 del expediente, pretendiendo que ellos manifiestan un contrato adicional de comisión para el transporte de los cargamentos de San Francisco a Manizales, lo mismo que al atribuir mérito probatorio a los documentos de folios 87 y 88. Acusa este párrafo de la sentencia:

"¿Porqué hacían remesas? Indudablemente porque no es verídica la afirmación de haber cumplido su deber con la llegada del cemento a San Francisco. Todavía más claro hablan los documentos de folios 87 y 88, que no han sido tachados o redargüídos de falsos..... Esto tuvo lugar después del catorce de diciembre de mil novecientos veintisiete, fecha de la notificación de la demanda, con lo cual se reconoce una vez más la obligación de entregar."

Erró el Tribunal en la apreciación de estos documentos, "porque en la demanda y en la contestación quedó plenamente establecido que el contrato no se refirió sino a transporte de cemento entre Buenaventura y San Francisco, como lo acepta también el Tribunal en el folio 155, aparte segundo. El error anotado implica la violación de los artículos 1618, 1727 y 1645 del Código Civil."

Se considera:

El cargo consiste sustancialmente en que con la demanda y su contestación se estableció que el contrato no versó sino sobre la conducción del cemento de Buenaventura a San Francisco, y, sin embargo, el sentenciador estimó que hubo un contrato adicional de comi-

sión para el transporte entre San Francisco y la capital de Caldas.

Empero, lo que el Tribunal afirma es que la obligación de Estrada G. Hermanos no quedó cumplida por el solo hecho de la llegada del cargamento a San Francisco y su colocación en la bodega de Gómez, Mejía y Valencia, "puesto que quedaron siendo depositarios y en la obligación de entregarlo"; y para sustentar la aseveración, expone que la entidad demandada hizo remesas de bultos de cemento de San Francisco a Manizales; de donde saca la conclusión de que la entrega del cargamento no quedó efectuada con el simple depósito en la bodega. En otros términos: el Tribunal, sin desconocer que el transporte se había pactado hasta San Francisco, estima que la entrega, al menos de todos los bultos, no se efectuó en esta población, con lo cual la Casa comisionista no satisfizo íntegramente su obligación al respecto.

De aquí se deduce que, no habiendo sostenido el sentenciador la existencia de un contrato adicional de transporte entre San Francisco y Manizales, falta el supuesto de hecho a que el cargo se refiere, y resulta éste improcedente.

En segundo lugar, acusa el recurrente un error de derecho en la apreciación de las disposiciones de Horacio Delgado, Joaquín Marulanda, Miguel Dumit, Delio Usquiano y Jesús Betancourt, cuando el Tribunal declara plenamente probado que la bodega construída por Daniel Gómez y otros había sido **prestada** a los comisionistas, para que éstos tuvieran mayor comodidad y facilidad en el manejo de los cargamentos; que Estrada G. Hermanos la manejaban como cosa propia; que tales cargamentos estaban bajo la custodia y responsabilidad de Estrada G. Hermanos, etc. Eso de afirmar que les consta por haberlo visto, que Estrada G. Hermanos eran responsables de los cargamentos depositados en la bodega, y que ésta fue construída para comodidad de los mencionados señores, son cosas que no pueden aceptarse, porque la responsabilidad y la comodidad no son perceptibles por la vista. Adviértase, de otro lado, la circunstancia de que repreguntados los testigos acerca de hechos tan importantes, como el contrato de préstamo de la bodega, contestaron que lo habían oído decir a otras personas, lo que comprueba que no declaraban por propias y directas percepciones. Además, el demandante en la demanda y en la contestación a la posición 3ª, dice que la bodega fue construída para comodidad y rapidez en el manejo de los cargamentos que le llegaban a él, así como para evitar bodegajes, pérdidas y extravíos. No está, pues, en lo cierto el Tribunal, cuando concluye que "la obligación de Estrada G. Hermanos no quedó cumplida por el sólo hecho de la llegada del cemento a San Francisco y con pasarlo a la bodega de Gómez, Mejía y Valencia, puesto que quedaron siendo depositarios y en la obligación de entregarlo." El sentenciador acepta que el cemento llegó a San Francisco y que fue depositado en la bodega de Gómez; pero basándose en las declaraciones referidas, les quita a esos hechos el carácter de entrega, en lo que comete un grave error, porque existía la orden de Gómez (aceptada en posiciones), para que los comisionistas hiciesen la entrega en la forma citada.

"Este error llevó al Tribunal a la violación de los artículos 636 y 608 del Código Judicial, disposiciones sustantivas sobre prueba testimonial, artículo 298 del Código de Comercio, porque la responsabilidad del comisionista concluye con la entrega de las mercaderías, y artículos 1626 y 1627 del Código Civil."

Se considera:

El Tribunal expuso los hechos que, en concepto suyo, aparecían probados en las declaraciones de los testigos, y en semejante exposición no se advierte error evidente de hecho, que, por lo demás, el recurrente no ha alegado.

Cuanto al error de derecho, que se hace consistir en que los testigos hablaron de responsabilidad a cargo de Estrada G. Hermanos, y aun calificaron de préstamo el uso de la bodega por dicha Casa, siendo así que la responsabilidad y la naturaleza de un contrato son ideas abstractas, que escapan a la aprehensión de los sentidos, y que los testigos han de limitarse a deponer sobre los hechos, nótese que, aun cuando es cierto que los declarantes no eran los llamados a formular apreciaciones jurídicas, desechando tales apreciaciones, queda en sus testimonios sobre los hechos una base suficiente para que el sentenciador llegara a las conclusiones que adoptó.

En este sentido, o sea descartando las apreciaciones en cuestión, no aparece el error de derecho con fuerza bastante para producir la infirmación del fallo.

Por otra parte, no se acusó error evidente de hecho o de derecho en la estimación que hiciera el Tribunal de las confesiones del demandante al absolver posiciones, especialmente al contestar la tercera.

No procede, por tanto, el actual motivo.

En tercero y último lugar, se acusa un error de derecho en la estimación de la prueba pericial (avalúo), que se halla al folio 41 del cuaderno de pruebas del demandante.

El Tribunal—expresa el recurrente—para desarrollar el cargo, rechaza el segundo avalúo y acoge el practicado el veintiuno de noviembre de mil novecientos veintiocho. Para rechazar ese segundo avalúo, arguye que los perjuicios no han de fundarse en lo que pudieran producir los locales que iban a construirse, porque no habiendo dolo, sólo deben tenerse en cuenta los perjuicios que pudieron preverse al tiempo del contrato; pero no reparó el sentenciador que en el avalúo de veintiuno de noviembre de mil novecientos veintiocho también se aprecian los arrendamientos de los locales, desde luégo que los peritos, al fundamentarlo, hacen relación al interrogatorio de folio 25 vuelto, en que por **lucro cesante** se entiende lo que habían podido producir los locales en tres meses.

Y no es esto todo, sino que los peritos dicen que "del estudio de las pruebas que aporta el informativo, y de acuerdo con los tres numerales a que se contrae el interrogatorio, fijan los peritos en $ 1,500." Como si en el expediente pudieran encontrarse datos aritméticos sobre el valor del cemento importado directamente y sobre que lo comprado en Manizales se invirtiera en las edificaciones mencionadas. Las declaraciones de José Baena, Venancio Lincona, Manuel Castaño y José Marín no aportan ninguna luz sobre el particular; luego si el Tribunal las acepta como respaldo del avalúo, incurre en error de derecho en su apreciación, error que trasciende a la prueba pericial.

"El Tribunal, pues, al acoger ese dictamen (folio 162), cometió el error anotado, pues se atuvo a un peritazgo que no tenía base; ni aun el mismo Tribunal habría podido fijar la cuantía, porque, como puede repararse, no existen pruebas que le permitan apreciación alguna."

Se considera:

El recurrente impugna por error de derecho la apreciación del avalúo por el sentenciador y también la apreciación de las declaraciones de Baena, Lincona, Castaño y Marín, si éste las aceptó como respaldo de dicho avalúo; pero no cita la ley transgredida como consecuencia de esos errores, cual debió hacerlo en cumplimiento del artículo 9° de la Ley 90 de 1920, por que se rige el presente recurso. Según el artículo, en la demanda de casación "se determinarán una a una las pruebas mal apreciadas y la ley violada por mala apreciación de las mismas." De suerte que sería baldío el examen que se hiciera del cargo, pues a la Corte no le sería dado inquirir por su propia cuenta los textos legales que hubieran sufrido quebranto por causa de los susodichos errores, si ellos existen.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas que se hubieren causado son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en audiencia y en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juez 6° de este Circuito, María Elena Ruiz de Buitrago, autorizada por su esposo Juan de M. Buitrago, demandó en vía ordinaria a María Julia de las Mercedes Ruiz de Bowden, casada con William H. Bowden, en su propio nombre y como heredera de la señora Julia Forero de Ruiz, y al doctor Julio Z. Torres, vecinos de Bogotá, para que por sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que se rescinde, revoca, resuelve o anula la partición practicada en la causa de sucesión intestada del señor Faustino Ruiz Turco, con fecha quince (15) de diciembre de mil novecientos (1900), aprobada por el Juez quinto (5°) del Circuito de Bogotá, por auto de fecha veintidós (22) de enero de mil novecientos uno (1901), registrada el cuatro de febrero de mil novecientos uno (1901), y protocolada en Bogotá ante el Notario quinto (5°) de este Circuito, por escritura número ciento quince (115) de fecha seis (6) de febrero de mil novecientos uno (1901).

"Segunda. Que debe procederse a la partición y adjudicación de tales bienes.

"Tercera. Que dicha partición debe rehacerse reconociendo a la señora María Elena Ruiz de Buitrago como copartícipe o asignataria en su calidad de hija legítima o legitimada del causante Ruiz Turco.

"Cuarta. Que queda reformado el testamento otorgado en la población de San Martín, con fecha primero (1°) de enero de mil ochocientos setenta y cuatro (1874), por el señor Faustino Ruiz Turco, protocolado por escritura número quinientos cuarenta (540), de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos trece (1913), de la Notaría quinta (5°) de Bogotá, en favor de mi poderdante, en el sentido de que a ella no le deben corresponder sólo las dos quintas partes en la herencia de dicho señor Ruiz Turco, como lo dice el testamento, sino las cinco doceavas partes de la herencia de dicho señor Ruiz Turco.

"Quinta. Que la liquidación, distribución y adjudicación de los bienes que dejó por su muerte el señor Faustino Ruiz Turco, deben regirse y se rigen por el testamento que él otorgó en San Martín, con fecha primero (1°) de enero de mil ochocientos setenta y cuatro (1874) mencionado, con la reforma de que trata el punto anterior, o en subsidio, como lo dispone el mismo testamento.

"Sexta. Que corresponde a la señora María Elena Ruiz de Buitrago, por lo menos las dos quintas partes en dichos bienes, con sus frutos, que dejó el expresado señor Faustino Ruiz Turco, conforme a la asignación testamentaria que hizo ese señor en dicho testamento, protocolado por la mencionada escritura número quinientos cuarenta (540).

"Séptima. Que la mencionada señora María Elena Ruiz de Buitrago, ora como hija legítima o legitimada, ora como asignataria universal testamentaria del señor Faustino Ruiz Turco, conforme a su testamento mencionado, es heredera universal de dicho señor y tiene derecho como asignataria testamentaria a las dos quintas partes de su herencia; o como hija legítima o legitimada, a las cinco doceavas partes de toda la herencia de dicho señor Ruiz Turco.

"Octava. Que la finca, consistente en un lote de terreno situado en esta ciudad, en la carrera novena (9ª), cuadra décima (10ª), a espaldas del Palacio Municipal, distinguida en el año de mil novecientos (1900) en su puerta de entrada, con el número doscientos once (211), y deslindada así: por el frente, con la carrera novena (9ª); por el Sur, con el establecimiento conocido con el nombre de **León de Oro**, después **Restaurante Americano**; por el Occidente, con el edificio llamado Pasaje Rivas, hoy Paúl, y por el Norte con propiedad de la señora Práxedes Méndez, corresponde y pertenece a la sucesión de dicho señor Faustino Ruiz Turco, y debe partirse y adjudicarse de conformidad con lo pedido en los puntos anteriores.

Novena. Que el señor Julio Z. Torres debe restituir, y se le condene a restituírla a la testamentaria del señor Faustino Ruiz Turco, la finca de que trata el ordinal o petición anterior, con sus frutos percibidos o podidos percibir con mediana inteligencia y actividad. La causa, o razón o derecho de esta demanda está en que la señora María Elena Ruiz de Buitrago era hija legítima o legitimada del señor Ruiz Turco, a la muerte de este señor, y no fue reconocida en la partición, y quedó despojada y desposeída de todo derecho. Ella era casada desde antes de morir su dicho padre, y nada de la herencia de éste le fue entregada."

Como fundamento de derecho invocó la demandante las siguientes disposiciones: **Nueva Recopilación** o **Recopilación de Castilla**, Libro 5°; Ley 1 (Nov. Rec. Libro 10, Título 18, Ley 1);

Código Judicial, artículo 2028 (edición de 1887), o artículo 1941 de dicho Código;

Código Civil Nacional, artículos 1° a 3°, 1683, 18 a 24, 1037 a 1054, 1113 a 1125, 1279 a 1326, 1270 a 1278, 1374 a

1410, 946 a 971, 1008 a 1036, 1055 a 1083, 1226 a 1269, 236 a 249, 318 a 332, 135 a 137, 346 a 349, 364 a 366; 368 a 370; 372 a 410;

Ley 57 de 1887, Ley 153 de 1887, Ley 95 de 1890, Ley 35 de 1888;

Constitución Nacional de 1886, artículos 53 a 56 y 31, y los hechos son los siguientes:

"1º El señor Faustino Ruiz Turco, antes de casarse con la señora Julia Forero de Ruiz, adquirió en dominio y propiedad la finca alinderada en la petición 8ª de esta demanda.

"2º El señor Faustino Ruiz Turco tuvo en la señora Julia Forero la hija que fue bautizada en la parroquia de Santa Bárbara, de esta ciudad, con fecha dos (2) de marzo de mil ochocientos sesenta y siete (1867), con el nombre de María Elena.

"3º El señor Faustino Ruiz Turco reconoció como hija suya a dicha señora María Elena Ruiz, tanto por ante Notario como por acto testamentario, verificándose este último acto en el antiguo Corregimiento de San Martín, antiguo Territorial Nacional de San Martín, con fecha primero (1º) de enero de mil ochocientos setenta y cuatro (1874), acto que fue protocolado por escritura pública número quinientos cuarenta (540), de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos trece (1913), en la Notaría quinta (5ª) de Bogotá.

"4º El señor Faustino Ruiz Turco se casó legítimamente, por los ritos de la Iglesia Católica, en Bogotá, en la parroquia de San Pedro, con fecha veintidós (22) de mayo de mil ochocientos sesenta y ocho (1868), con la señora Julia Forero, madre de la señora María Elena Ruiz de Buitrago.

"El señor Faustino Ruiz Turco falleció en la ciudad de San José de Cúcuta el dos (2) de mayo de mil ochocientos noventa y cinco (1895).

"6º Al morir el señor Ruiz Turco dejó en su patrimonio la finca de que se trata en la petición octava (8ª) de esta demanda.

"7º La causa mortuoria de Ruiz Turco se siguió por los trámites de la intestada, y fue concluída con la correspondiente partición, cuyo expediente total se protocoló en la Notaría quinta (5ª) de esta ciudad, por la escritura número ciento quince (115), de seis (6) de febrero de mil novecientos uno (1901).

"8º En esta sucesión no fue parte la señora María Elena Ruiz de Buitrago, y se siguió sin su intervención.

"9º El señor Ruiz Turco, empero, había otorgado en el antiguo Territorio Nacional de San Martín, el testamento mencionado, protocolado por la escritura dicha, el cual fue declarado testamento nuncupativo del expresado causante, y por sentencia del señor Juez 3º Civil de este Circuito, fecha veintinueve de abril de mil novecientos trece.

"10. En este testamento, el señor Ruiz Turco no solamente reconoció a la señora María Elena Ruiz de Buitrago, mi poderdante, como hija natural, sino que la instituyó heredera en conjunto con su hermana en toda la herencia menos en el quinto de sus bienes, que dejó a la señora Julia Forero de Ruiz.

11. La finca de que se trata en el hecho primero, fue dividida en la sucesión, tramitada como intestada, de dicho señor Ruiz Turco, con prescindencia de mi poderdante, la señora María Elena Ruiz de Buitrago, a quien no se la tuvo como parte en dicho juicio, ni en él figuró.

"12. Mi poderdante, la señora María Elena Ruiz de Buitrago, es heredera universal como legitimaria, o al menos como asignataria testamentaria de dicho señor Ruiz Turco.

"13. Mi poderdante se casó el día veinticinco de octubre de mil ochocientos noventa y nueve, en esta ciudad de Bogotá, en la parroquia de San Pablo, con el señor Juan M. Buitrago.

"14. La señora Julia Forero de Ruiz, murió en esta ciudad."

Los demandados no contestaron la demanda, después de haber alegado excepciones dilatorias, que perdieron. En el alegato final, el demandado Torres opuso la excepción de prescripición ordinaria.

El Juez falló así la controversia:

"1º Procédase a la partición y adjudicación de los bienes pertenecientes a la sucesión de Faustino Ruiz Turco, sepultado en la ciudad de San José de Cúcuta el dos de mayo de mil ochocientos noventa y cinco.

"2º La partición y adjudicación expresadas deben regirse por el testamento nuncupativo, otorgado por Faustino Ruiz Turco, el primero de enero de mil ochocientos setenta y cuatro, en la población de San Martín, en cuanto dicho testamento no menoscabe la legítima efectiva de María Julia Ruiz de Bowden, ni la porción conyugal de Julia Forero viuda de Ruiz.

"3º Debe considerarse a María Elena Ruiz de Buitrago como heredera testamentaria, a título universal, de Faustino Ruiz Turco.

"4º Corresponde a María Elena Ruiz de Buitrago la cuarta parte de los bienes de aquella sucesión, con los frutos que éstos bienes hayan producido, desde la notificación de la demanda al defensor de la señora María Julia Ruiz de Bowden.

"5º Reconócese la excepción de ilegitimidad de la personería de la sucesión de Julia Forero viuda de Ruiz, demandada en este juicio, y, en consecuencia, queda dicha sucesión absuelta de los cargos de la demanda.

"6º Absuélvese al doctor Julio Torres de los cargos de la demanda.

"7º Niéganse las demás peticiones del libelo de demanda.

"8º No se hace condenación en costas a cargo de ninguna de las partes."

Ambas partes apelaron de dicho fallo, y el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó, por sentencia de fecha treinta de junio de mil novecientos treinta. La parte demandante ocurrió en casación; el recurso es admisible, y se procede a decidirlo. El apoderado de la parte recurrente alegó la causal primera de las enumeradas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y acusa la sentencia por varios motivos:

1º Violación de los artículos 39, 252, 253, 77, 399 y 434 del Código Civil de Cundinamarca; 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la Ley 153 de 1887 ya directamente, ya por consecuencia de error de hecho y de derecho.

Empieza el autor del recurso por aceptar que la controversia de que se trata ha de resolverse, como dice el fallo, por las disposiciones del Código citado, y después

de transcribir la segunda, tercera y quinta de las disposiciones anteriores, dice que el setenciador interpretó erróneamente la del artículo 253, al tenor de la cual "para que la legitimación produzca efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle necesariamente, antes de la celebración del matrimonio, o en el acto de celebrarlo"; y la del 399, que "luégo que se celebre un matrimonio de personas que antes o al tiempo de casarse hubieren reconocido un hijo, se pondrá nota marginal de la legitimación de éste en el acta de su nacimiento; pero no podrá oponerse a su calidad de legitimado la falta de dicho requisito." Lo que a juicio del recurrente quiere decir que el artículo 253 de dicha obra sólo exige, para que la legitimación produzca efecto, que los padres del hijo natural lo hayan reconocido antes de la celebración del matrimonio, o en el acto de celebrarlo. Que la prueba de estos hechos hay que buscarla, si se trata de un matromio civil, en las leyes civiles; pero que si se trata de un matrimonio católico, tal prueba ha de resultar, según doctrina de la Corte, de lo que establece el Derecho Canónico, que son los cánones 1116 y 1117, según los cuales son hijos legitimados los habidos antes del matrimonio por los contrayentes, pero sólo para los efectos canónicos. De manera que—continúa el recurrente—conforme a esta última legislación, la sola acta del matrimonio prueba canónicamente la legitimación de aquellos hijos, sin que sea menester nota marginal en la partida de matrimonio. Pero que como el artículo 399 del Código Civil de Cundimanarca disponía que, "luégo que se celebre el matrimonio, se pondrá nota marginal de la legitimación de los hijos que se quieren legitimar, en la partida de su nacimiento, los párrocos, en cumplimiento de esta disposición y por la manifestación de los contrayentes ponían aquella nota. Lo cual implica—anota el autor del recurso—que Faustino Ruiz Turco sí reconoció en el acto del matrimonio, como hija legitimada, a María Elena Ruiz, porque la ley no exige que se ponga la nota marginal en la partida de matrimonio, sino que se haga el reconocimiento antes o en el acto del matrimonio, y se deje la constancia en la partida de bautismo por medio de la nota marginal. Que, por consiguiente, no hay duda de que en este caso se produjo la legitimación a favor de María Elena Ruiz, porque así aparece en el acta de su nacimiento, sin que sea menester que conste de la otra manera, ya que la Corte ha dicho: que no se comete error al estimar la nota marginal de la legitimación como simple juicio del párroco, sino como testimonio indicativo de que los contrayentes han hecho la designación y que se han cumplido las condiciones de la legitimación; que las partidas de origen eclesiástico son documentos auténticos y públicos, tanto por haberlas asimilado la ley a las actas del estado civil, determinadas en el Título 20 del Libro 1º del Código Civil, que tienen ese carácter, como por el Concordato, y no obstante proceder de la potestad eclesiástica, otorgándoles valor civil, y su apreciación se regula por el principio de pruebas, de que los requisitos de fondo se determinan por la ley de origen. Que si bien las partidas de origen eclesiástico no tenían el carácter de pruebas principales cuando se hizo la legitimación de María Elena Ruiz, conforme al artículo 79 de la Ley 153 de 1887, los matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo surten efectos civiles con las pruebas de origen eclesiástico, uno de los cuales efectos es el de la legitimación; y porque el artículo 377 del Código Civil de Cundinamarca, no solamente radicó en los notarios el encargo de llevar el registro del estado civil de las personas, sino también en los funcionarios que **pudieran reemplazarlos**, lo que vino a tener lugar con la expedición de la Ley 57 de 1887, que en su artículo 22 reconoce valor de prueba principal a las actas expedidas por los curas párrocos, de modo que aunque no fueran reemplazados los notarios por los párrocos, sí reemplazan esas partidas a las de los notarios. Que también la segunda parte del artículo 343 del mismo Código de Cundinamarca reconoció como pruebas principales del estado civil, "respecto de nacimientos, matrimonios y defunciones de personas que pertenecen a una comunión religiosa, cuyos ministros llevan libros de los actos expresados, conforme a sus cánones o constituciones, las **certificaciones** que con las formalidades legales expidan los respectivos ministros, insertando las actas o partidas existentes en los libros.

Más adelante, y en orden a la violación del artículo 399 del Código Civil de Cundinamarca, dice el recurrente que el sentenciador estimó que la nota marginal puesta en el acta de nacimiento de María Elena Ruiz "no es más que una referencia al reconocimiento mismo y no la prueba del reconocimiento mismo, lo que a juicio del recurrente implica un error de derecho, pues que si la nota marginal es una referencia, ha debido el sentenciador concluír de manera opuesta a la que llegó, o sea que existía el reconocimiento que se había hecho, ya que todas las pruebas escritas son de referencia de un hecho ejecutado en tiempo pretérito, como ocurre con el contrato de compraventa de bienes raíces, porque si bien el contrato se confunde con la prueba, por no admitir otra la ley, el contrato en realidad no es la escritura. Pero que en la legitimación la ley no ha exigido como prueba la nota marginal en la partida de matrimonio, sino el reconocimiento o legitimación en el momento o acto del matrimonio, pero no en el acto de éste, como sí en la partida de bautismo del legitimado; y como se supone ya extendida esta acta, la ley habla de "nota marginal," sin que pueda entenderse que se exige esta nota en la partida de matrimonio, porque sería absurdo hablar de nota marginal en esta partida, que aún no se ha extendido. Que si de esta acta se tratara, la ley no habría hablado de nota marginal, sino que habría dicho que en la misma partida de matrimonio, en el cuerpo de ella, se dejara constancia de la legitimación. Que, precisamente, la sentencia consagra la verdad, cuando dice que "no es la nota marginal la que da a los hijos el carácter de legitimados, sino el reconocimiento de los contrayentes," pues que tal nota no es más que una referencia al reconocimiento mismo, y por eso la ley dice que la omisión de esa nota no puede oponerse al que alega el carácter de legitimado, y, sin embargo, el fallo saca la conclusión contraria. Que la nota no es el reconocimiento mismo, como no lo es la escritura de venta del propio contrato, los cuales se realizaron en el acto o momento del matrimonio y de la venta; que esas escrituras o constancias son referencias, la una, de un contrato, y la otra, de una legitimación, pero que en el terreno de las pruebas establecen qque el contrato y la legitimación se realizaron, y si aparecen extendidas en forma debida vienen a confundirse con el contrato o con la legitimación. Que la advertencia de la ley al decir que "no puede oponerse la omisión de la nota al que alega la legitimación, tiende a favorecer al legitimado en casos distintos del que se discute, pero cuando el reco-

nocimiento del hijo se ha hecho en testamento otorgado antes del matrimonio, de modo que sin tal advertencia o salvedad podría creerse que la prueba de la legitimación consistía únicamente en la nota marginal de ésta."

En resumen: entiende el autor del recurso que al exigir el sentenciador que la constancia del reconocimiento y de la legitimación ha de dejarse precisamente en la **partida de matrimonio**, en este caso en la partida de matrimonio de Faustino Ruiz Turco y Julia Forero, incurrió en error evidente en la apreciación de dicha acta, con una exigencia que no trae la ley, y violó indirectamente los artículos 39, 252, 253 y 377 del Código Civil de Cundinamarca; de modo directo, el artículo 399 de la misma obra, e indirectamente los artículos primeramente citados, y los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la Ley 153 del mismo año, al desconocer la nota marginal de la legitimación puesta por el párroco en la partida de nacimiento de María Elena Ruiz, en cumplimiento de la ley civil que, por lo mismo, debió respetarse y aceptarse en la forma canónica, tal como está concebida, no sólo porque esa acta está asimilada a las de origen civil y es prueba principal, conforme al artículo 22 de la Ley 57 de 1887, sino porque no está comprobado que no se halla en forma canónica, más estando autorizada por el párroco.

Se considera:

El concepto del Tribunal a que el cargo anterior se refiere, es el emitido por el Juez en estos términos:

"Si para que produzca efectos la legitimación de un hijo por subsiguiente matrimonio, han de reconocerle necesariamente sus padres antes del matrimonio, o sea en el acto de celebrarse, como lo dice el artículo 253 transcrito, es claro que el carácter de hija legítima atribuido a María Elena Ruiz de Buitrago, sólo puede resultar del reconocimiento que sus padres le hubieran hecho en el acto del matrimonio o antes de éste, y como en ninguna parte de los autos aparece que don Faustino Ruiz Turco hubiera reconocido como hija natural a María Elena antes del matrimonio, ni de la partida de matrimonio aparece que le hubieran concedido el beneficio de legitimación, síguese que no quedó legitimada."

Se dirá que ese reconocimiento resulta de la nota marginal puesta en la partida de nacimiento de la señora María Elena y del testamento de don Faustino, pero a esto se observa que no es la nota marginal la que da a los hijos el carácter de legitimados, sino el reconocimiento de los contrayentes: la nota no es más que una referencia al reconocimiento, pero no el reconocimiento mismo; por eso dice la ley que la omisión de esa nota no puede oponerse al que alega el carácter de legitimado; otra cosa sucedería si la nota no tuviera carácter **secundario** de referencia, sino principal y constitutivo del reconocimiento.

En cuanto al testamento, basta observar que, aunque en él se encontrara un verdadero reconocimiento del carácter de hija respecto de María Elena, es lo cierto que, según se vio, el artículo 253 dice que el reconocimiento ha de ser necesariamente antes del matrimonio o en el acto de celebrarlo; luego el testamento fue ineficaz para producir la legitimación, puesto que se otorgó seis años después del matrimonio.

Como se ve, el Tribunal no ha dicho como fundamento de su fallo, que para que la legitimación de María Elena de Buitrago se produjera, hubiera sido preciso que constara su reconocimento en el acta del matrimonio de Faustino Ruiz Turco y Julia Forero, sino que debía constar que ese reconocimiento se hizo antes o en el acto de dicho matrimonio, como lo ordenaba el artículo 253 del Código de Cundinamarca, aplicable al caso. De modo que por ese concepto no pudo haber de parte del Tribunal violación de dicha disposición por error evidente en su apreciación.

Pero dice el autor del recurso que como la prueba del reconocimiento y de legitimación debe buscarse, según doctrina de la Corte, en el Derecho Canónico, que es la ley de origen, por tratarse en este caso de un matrimonio católico, hay que concluír que el reconocimiento de María Elena de Buitrago se hizo en el acto del matrimonio de Faustino Ruiz Turco y Julia Forero, porque en la partida de nacimiento de María Elena aparece la nota marginal de que fue legitimada por dicho matrimonio, nota puesta por el párroco, en cumplimiento del artículo 399 del Código de Cundinamarca, e indicativa de dicho reconocimiento, sin necesidad de más prueba y nota que no puede desconocerse sin violar, por error evidente en la apreciación de ella, tanto aquella disposición como el artículo 79 de la Ley 153 de 1887, según el cual los matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo surten efectos civiles con las pruebas de origen eclesiástico, uno de los cuales efectos es el de la legitimación; el artículo 434 del mismo Código, que reconoció como pruebas principales del estado civil respecto de nacimientos, matrimonios y defunciones de personas que pertenecen a una unión religiosa, las certificaciones de los ministros que llevan dichos libros, y los artículos 39, 252, 253 y 377 de tal obra, y al no reconocerlo así el Tribunal, violó tales disposiciones.

Se considera:

El Tribunal dijo:

"No puede desconocerse que el matrimonio católico, según los cánones, legitima a los hijos nacidos antes de él por los contrayentes, en las condiciones expresadas (es decir, siendo libres aquéllos y respecto de matrimonio celebrado en cualquier tiempo), si ha de atenerse a la doctrina tradicional compendiada en el canon 1116 del **Codex Juris Canonici**, que dice:

'Per subsequens parentum matrimonium sive verum, sive noviter contractum, sive convalitatum, etiam non consumatum, legitima efficitur proles, dummodo parentes habiles existiterint ad matrimonium inter se contrahendum tempore conceptions, vel prae mationis, vel nativitatis.'

"Pero no es menos cierto—continúa el Tribunal—que esa legitimación sólo se produce para los efectos canónicos, según lo expresa la obra citada, al decir en el canon 1117:

'Fili legitimati per subsequens matrimonium, ad efectus canonicos quod attinet, in omnibus equiparantur legitimis nisi aliud expresse cantum fuerit.'"

No desconoce, pues, el Tribunal, que en Derecho Canónico el matrimonio católico legitima a los hijos habidos antes de él por los contrayentes, pero únicamente para los efectos canónicos, no para los civiles. Esta es la doctrina de la Corte, como se ve entre otros fallos, en el pu-

blicado en el número 1604 de la **Gaceta Judicial**, del cual son los siguientes apartes:

. . . . . .

"La legitimación voluntaria de los hijos por subsiguiente matrimonio de los padres, aunque es hoy uno de los efectos del matrimonio, tanto en lo civil como en lo eclesiástico, no tiene como causa eficiente y necesaria el matrimonio, aunque éste es uno de sus elementos, sino que es institución creada por el legislador civil, quien puede, por lo mismo, reglamentarla, y aun abolirla para efectos civiles, sin que ello afecte la institución del matrimonio."

Adoptada también esta clase de legitimación por el derecho eclesiástico, se ha limitado éste a darle efectos puramente canónicos, de suerte que sus disposiciones, así como las de las autoridades eclesiásticas, se circunscriben a estos fines.

Los asuntos relativos a la legitimación son, pues, de fuero mixto, y en tal caso ni la ley canónica ni la civil consienten una aplicación promiscua e indistinta dentro de una misma jurisdicción, sino que la requieren separada, peculiar y determinada, **rationae materiae**, según se trate de fines temporales o religiosos.

Si bien, pues, el matrimonio subsiguiente legitima a los hijos habidos por los contrayentes, tanto en Derecho Civil como en Derecho Canónico, para efectos civiles que regula la ley civil, es preciso que fuera del matrimonio se hayan llenado los requisitos que esta última Ley exige, o sea que los contrayentes hayan reconocido a los hijos a quienes quieren legitimar, antes, o en el acto del matrimonio. Por consiguiente, como el reconocimiento en esta forma lo exigían los artículos 253 y 259 del Código de Cundinamarca, no puede reconocerse la legitimación de María Elena de Buitrago por el matrimonio de Faustino Ruiz Turco y Julia Forero, porque no aparece que antes de ese matrimonio, o en el acto de su celebración la hubieran reconocido, ni que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho evidente y de derecho, al no tener en cuenta la nota marginal que aparece en la partida o acta de nacimiento de María Elena, en cumplimiento del artículo 399 del Código de Cundinamarca. Al decir esta última disposición, que luégo que se celebre un matrimonio de personas que **antes o al tiempo de casarse** hubiesen reconocido un hijo, se pondrá nota marginal de la legitimación de éste en el acta o partida de su nacimiento, pero que no podrá oponerse a su calidad de legitimado la falta de dicho requisito, está indicando, como lo dice el Tribunal, que esa nota marginal no es la prueba principal del reconocimiento, sino de referencia, al que se haya hecho en la forma establecida en los artículos 253 y 259 del Código Civil de Cundinamarca, es decir, por instrumento público, y que no basta, como lo sostiene el recurrente, que aparezca la constancia de la legitimación en la partida de nacimiento de la persona que se quiso legitimar. Ahora, no aparece que por el instrumento público otorgado al tiempo del matrimonio de los cónyuges Ruiz Turco y Forero, o antes de dicho matrimonio, los expresados cónyuges hubieran hecho el reconocimiento de María Elena Ruiz de Buitrago como hija natural de aquéllos, y que quedara por ese sólo hecho legitimada; pues si tal reconocimiento se hubiera verificado, constaría en el instrumento público que exigía la ley cuando se celebró el matrimonio de que se trata, o sea el artículo 343 del Código Civil de Cundinamarca, para el reconocimiento de hijo natural. Si dicho Código de Cundinamarca dijera que por el solo hecho del matrimonio se producía la legitimación de los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio, sería inobjetable la tesis del recurrente. Pero conforme a dicho Código no bastaba que los cónyuges hubieran hecho la designación de los hijos que querían legitimar al tiempo del matrimonio, si no se dejaba esta constancia por instrumento público.

Faustino Ruiz Turco reconoció a su hija María Elena como hija natural, en el testamento otorgado en el año de mil ochocientos setenta y cuatro, pero esto ocurrió seis años después del tiempo que fijaba el artículo 259 del Código Civil de Cundinamarca para hacer el reconocimiento, so pena de nulidad, y por lo mismo no puede tenerse en cuenta dicho reconocimiento para los efectos de la legitimación de María Elena Ruiz. Por eso no puede tampoco reconocerse que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho evidente y de derecho en la apreciación de la nota marginal que aparece en la partida de nacimiento de dicha señora, y por esos errores hubiera violado el artículo 399 del Código Civil de Cundinamarca y demás que cita el recurrente, al no tener por reconocida y consecuentemente legitimada a la expresada señora.

Por último, hace presente la Corte que en el fallo de ésta, a que el recurrente se refiere, que es el de veintitrés de julio de mil novecientos veinticinco (**Gaceta Judicial** número 1627), se trataba de caso en que aparecía del acta de matrimonio que los cónyuges habían hecho la designación de los hijos que trataron de legitimar, y la Corte, contra la opinión del Tribunal, admitió con razón esa constancia como prueba del reconocimiento y consiguiente legitimación, aun sin la firma de los contrayentes en el acta de matrimonio, fundada en lo que establece el artículo 239 del Código Civil vigente, y ahora cuando se verificó el matrimonio a que dicho fallo se refiere. El cargo es, pues, infundado en todos sus aspectos.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 252, 253, 376 y 421 del Código Civil de Cundinamarca; 1769 del Código Civil Nacional; 85 y 86 de la Ley 153 de 1887.

Este cargo se refiere al siguiente concepto del Tribunal:

"Fue voluntad del testador que su hija Elena llevase la mitad de sus bienes después de entregarle el quinto de ellos a su mujer; pero como doña Elena no era hija legítima ni legitimada, la asignación testamentaria no puede exceder de la cuarta de libre disposición, porque de lo contrario se menoscabaría la legítima efectiva de la hija María Julia. A esta conclusión se llega sobre la base de que Julia Ruiz sea hija legítima o legitimada de Faustino Ruiz; tal carácter no aparece de prueba directa en los autos; pero de un lado, la misma demandante le reconoce ese carácter, desde luégo que no aspira a toda la herencia, sino a dividírsela con la demandada, y de otro lado, el mismo testador la reconoce como hija legítima (véanse la cláusula 5ª del testamento y hecho 10 de la demanda). Además, el hecho de haber sido declarada heredera de su padre, y de haberse adjudicado la herencia de él por la justicia, son factores que no dejan duda acerca de la calidad de hija legítima de doña María Julia, aun prescindiendo de las partidas de estado civil."

Dice el recurrente que con tal concepto violó en primer término los artículos 252 y 253 del Código Civil de Cundinamarca, porque coloca a María Julia Ruiz como hija legitimada, y a María Elena del mismo apellido, como simple heredera testamentaria, y si bien una y otra fueron reconocidas como hijas legítimas en el testamento de Faustino Ruiz Turco, María Julia no fue legitimada en el acta de nacimiento, y por dicho testamento no pudo dársele ese carácter, por ser éste posterior al matrimonio de Faustino Ruiz Turco con Julia Forero, máxime cuando se le niega a María Elena Ruiz el mismo carácter, no obstante aparecer también reconocida por el mismo testamento.

Que María Elena presentó su partida de nacimiento, lo que no hizo María Julia; que la legitimación debe aparecer de prueba directa en los autos, como la nota marginal que acredita la de María Elena Ruiz, y el Tribunal, a pesar de confesar que no existe tal prueba en el expediente, deduce la legitimación de María Julia de la confesión de la demandante en la demanda, contra lo que dispone el artículo 1769 del Código Civil Nacional, vigente cuando se hizo la confesión en la demanda materia de este juicio, disposición que no admite la confesión respecto de actos que han de constar por escrito, y contra el artículo 376 del Código Civil de Cundinamarca, que exigía también prueba especial para establecer el estado civil, y, por consiguiente, fueron violados por el Tribunal.

Dice el recurrente que el Tribunal violó igualmente las mismas disposiciones por error de hecho evidente en la interpretación de la demanda (hecho décimo), al decir que en el hecho décimo la demandante reconoce a María Julia Ruiz el carácter de hija legítima, porque aquélla no aspira a toda la herencia, sino a dividírsela con la demandada, cuando allí lo que la demandante quiso reconocer fue—dice el recurrente—que María Julia era su hermana, lo que apenas puede corresponder a la filiación natural y aún a la ilegítima.

Por último, arguye el recurrente al final de este cargo, que el Tribunal deduce la calidad de legítima en María Julia Ruiz, de habérsele declarado heredera de Faustino Ruiz Turco, y de habérsele adjudicado su herencia, conclusión con la cual incide—dice aquél—en la violación del artículo 376 del Código Civil de Cundinamarca, y en la del 421 de la misma obra. El primero, porque dice que el estado civil debe aparecer del registro, y aquellas constancias no contienen la partida de nacimiento de María Julia Ruiz; y el segundo, porque si el Tribunal tomó tales constancias como prueba supletoria, habría sido preciso que constara o se hubiera acreditado la pérdida de la prueba principal, cuestión que ni siquiera se trató en la sentencia y en el juicio, por lo cual incurrió el Tribunal en error de hecho evidente y de derecho al apreciar esas pruebas y el testamento de Faustino Ruiz Turco. Que, como consecuencia, violó también los artículos 85 y 86 de la Ley 153 de 1887, porque María Julia Ruiz no es hija legítima, y, sin embargo, se le tuvo como tál; y porque a María Elena del mismo apellido siendo hija legitimada, se le excluyó de la herencia de su padre, como legitimaria.

Se considera:

Es verdad que no figura en autos la partida de nacimiento de María Julia Ruiz, y que el Tribunal acogió el concepto del Juez, en que dedujo que debía tenerse a dicha señora como hija legítima de Faustino Ruiz Turco y Julia Forero, por haberla reconocido tál el primero en su testamento, el cual es posterior en varios años al matrimonio Ruiz-Forero; por habérsele adjudicado a María Julia la herencia de Ruiz Turco, y también por no haberla excluído la demandante en su demanda al pedir que se repartiera con aquélla, como su hermana, la herencia de Faustino Ruiz Turco; y cierto también que con tales conceptos pudo violar el Tribunal por error de hecho y de derecho alguna de las disposiciones que cita el recurrente en el cargo que se considera. Pero no habiendo sido discutida en las instancias del juicio la calidad de legítima o legitimada de María Julia Ruiz, tales errores no pueden tenerse en cuenta en casación para infirmar el fallo, por ser materia nueva en el debate.

Tercer cargo.

Violación de los artículos 946 a 971 del Código Civil y 276 del Código Judicial anterior, por errrores de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda y de otras piezas del proceso.

Se refiere este cargo a la parte del fallo en que el Tribunal confirma el del Juez, y por la cual niega a la demandante la acción reivindicatoria contra el doctor Julio Z. Torres y a favor de la herencia de Faustino Ruiz Turco, de un lote situado en la cuadra décima de la carrera novena de Bogotá, distinguida en el año de mil novecientos con el número doscientos once (211). En esa parte dice el fallo del Juez:

"La reivindicación o acción de dominio—dice el artículo 946—es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla."

La demanda sobre una cosa determinada—agrega el artículo 276 del Código Judicial—debe dirigirse contra el que se considera poseedor de la cosa, quien estará obligado a contestarla, a menos que exprese que tiene la cosa, no como suya, sino a nombre de otro, en cuyo caso se notificará a éste el traslado de la demanda; pero si tampoco éste saliere a la defensa del pleito, sin dar lugar a más denuncias, se pondrá en posesión de la cosa al demandante, sin perjuicio de que el verdadero dueño demande y pruebe su propiedad en juicio, y de que el primer demandante pueda proponer su demanda contra otra persona conservando, entretanto, la posesión que se le ha dado.

"Parece—continúa el Juez—que al doctor Julio Z. Torres se le ha demandado en este pleito por ser el poseedor del lote situado en la cuadra décima de la carrera novena, distinguido en el año de mil novecientos con el número doscientos once (211). Pero es lo cierto, aunque parezca inverosímil, que en ninguno de los capítulos o pasajes de la demanda se dice que el expresado doctor sea el actual poseedor de la finca referida, y como a los Jueces no les es dado reformar o adicionar las demandas, máxime tratándose de una cuestión de fondo, es preciso absolver al doctor Julio Z. Torres, puesto que no ha sido demandado como poseedor. Verdad es que el mismo doctor se encargó de traer al juicio unas escrituras que acreditan su posesión inscrita sobre la finca cuya restitución se demanda; pero de un lado, los Jueces no pueden apoyar sus decisiones en hechos no alegados en la demanda, aunque aparezcan comprobados en los autos; y de otro, las referidas escrituras vinieron extemporáneamente al litigio, sin citación de la contraparte, por lo cual el Juez ni siquiera tiene el deber de leerlas.

(Véase **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justica,** número 1125, segunda edición, y artículos 835 y 545 del Código Judicial)."

El Tribunal acogió el concepto anterior, y agregó que si bien podía no ser "necesario que el carácter de poseedor en el demandado estuviese expresado en uno de los hechos de la demanda, sí requiere al menos que de cualquier capítulo de ella se deduzca que al doctor Torres se demanda en tal carácter, o al menos una afirmación clara y categórica de que la finca materia de la acción reivindicatoria está ocupada por el demandado, para deducir de allí el carácter de poseedor, y justificar la forma en que se le demanda. Pero que es lo cierto que la demanda, ni directa ni indirectamente, hace tales afirmaciones; y si no las contiene, prescindir de ellas, y suponer que el doctor Torres fue demandado en tal carácter, implicaría una reforma de la demanda, y que el Juez apoya su decisión en hechos comprobados pero no alegados, lo que no puede hacer el Juez, conforme a jurisprudencia de esta Superioridad, que el Tribunal cita en su fallo."

Sostiene el recurrente que en estos conceptos el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al apreciar la demanda y otras piezas del proceso, y violó las disposiciones de los artículos 946 a 971 del Código Civil y 276 del Código Judicial que dejó de regir. Que apreció mal la demanda, porque ella se apoya en estas disposiciones, que tratan de la reivindicación, lo que implica que se atribuyó al doctor Torres el carácter de poseedor; porque en ella se pidió (punto noveno), que el doctor Torres hiciera restitución de la finca a la testamentaria de Faustino Ruiz Turco, "con sus frutos percibidos o podidos percibir con mediana inteligencia y actividad"; luego si, como se dice, el Tribunal es suficiente con que, indirectamente por lo menos, se atribuya al demandado el carácter de poseedor, en el caso, así está expresado; porque si para el Tribunal no hay duda de que se ha ejercitado la acción reivindicatoria, como consecuencia no puede haberla de que el doctor Torres ha de restituír en condición de poseedor, ya que las disposiciones citadas así lo disponen, especialmente la del artículo 952, según la cual, la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor. Que el doctor Torres, en el caso, no ha negado su carácter de poseedor, sino que, al contrario, presentó las pruebas de su posesión. Porque hay error evidente en el Tribunal, al afirmar que una demanda de restitución fundada en el artículo 946 del Código Civil y en todo el Título citado de la reivindicación, pueda referirse a un simple tenedor; porque el simple tenedor, demandado como poseedor, está obligado, conforme al artículo 953 del Código Civil, a declarar el nombre de la persona a cuyo nombre tiene la cosa; porque en la lógica más estrecha, a quien se demanda la restitución de una cosa, implícitamente se le afirma que tiene la cosa en su poder, y si así no fuere, debe expresarlo en la contestación, bajo las penas que indica el artículo 276 del Código Judicial, y el doctor Torres, lejos de manifestar esto, afirmó categóricamente que era poseedor.

Dice también el recurrente que el Tribunal apreció mal el poder conferido por la demandante al mismo recurrente y al doctor Julián Restrepo Hernández para promover este pleito, y por ello incurrió en error de hecho evidente, porque en dicho poder se dice que dio para demandar en los juicios que a bien tuvieran "la propiedad de la finca o parte de ella y sus frutos," lo que implica que, siendo la propiedad sinónima de dominio, y la acción de dominio la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla, al referirse la demanda a dicho poder, se refirió a esa acción.

Se considera:

El hecho de que la demanda se apoye en los artículos 946 y 971 del Código Civil, relativos a la reivindicación, y que el demandante hubiera pedido que el doctor Julio Z. Torres restituyera la finca con sus frutos, no es señal inequívoca de que se le hubiera demandado como actual poseedor de aquélla, porque, conforme al artículo 971 del Código Civil y la doctrina de la Corte, que lo ha interceptado, la acción de dominio también puede dirigirse contra el mero tenedor, quien también está entonces obligado a restituír la cosa con sus frutos. (Casación de diez y nueve de noviembre de mil novecientos trece, **Gaceta Judicial,** tomo XXIII).

De modo que al decir el Tribunal que no es claro que la demanda de reivindicación se dirigió en este caso contra el doctor Torres, en su carácter de poseedor, porque ni así lo expresa aquélla, ni resulta con certidumbre de afirmaciones categóricas del demandante, como así es, no puede concluírse que incurriera en error evidente de hecho en la interpretación de la demanda, y con este error hubiera violado las disposiciones relativas a la reivindicación que cita el recurrente. Tampoco aparece tal error en la interpretación del poder conferido al doctor Julián Restrepo Hernández y al recurrente por los demandantes para promover este juicio, en cuanto tal poder dice que se daba para demandar la propiedad o dominio, porque, de un lado, el Tribunal no desconoce tal hecho, y de otro, por la circunstancia de estar conferido dicho poder en esa forma, no se sigue de modo necesario que el apoderado hubiera en realidad ejercitado la acción de dominio, designando al doctor Torres como poseedor, ya por olvido en expresarlo así en la demanda posterior al poder, o por otra causa. Por consiguiente, no habiendo sido demandado el doctor Torres como poseedor, este punto no queda fallado, y no hay, por lo mismo, cosa juzgada al respecto. No puede, pues, reconocerse probado este cargo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha treinta de junio de mil novecientos treinta, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Por conducto de apoderado, la señora María de los Dolores Amézquita demandó al señor Luis M. Duque U, así:

"1º Hace más de treinta años posee mi poderdante un solar situado en la parte occidental de esta ciudad, frente a la calle 21, entre esta calle, la calle 22 y las carreras 8ª y 9ª, constante el solar de 40 varas de frente a la calle 21 y 40 de centro al Occidente, alinderado así:

'Por el Oriente, que es su frente, la calle 21; por el Norte, la carrera 8ª; por el Occidente, con propiedades de Chucho Díaz, Jesús Herrera y herederos de Dionisio Salazar, y por el Sur, con propiedad de Onofre Marín.'

"2º En el solar cuyos linderos dejo indicados en el numeral precedente, hizo construír mi mandante, hace dos años aproximadamente, una casa a su costa, y por contrato verificado con el presbítero José María Arias, casa de habitación allí existente.

"3º Mi representada dejó prestada dicha casa a su hijo Luis María Mejía Amézquita, quien la ocupó hasta hace siete meses aproximadamente, cuando se fue de esta ciudad para la región del Quindío.

"4º Mi representada Amézquita se ausentó para el Departamento del Tolima, de donde regresó el veintisiete de noviembre del año postrero, habiendo dejado ocupada la casa por su hijo Luis María, y al regresar a Manizales, la halló ocupada por el señor Misael Quintero y familia, con quien aquélla no ha celebrado contrato alguno de venta ni arrendamiento.

"5º Doña Dolores, o para mejor decir, María de los Dolores, posee ese solar desde hace más de treinta años, habiéndosele reconocido ese derecho por todas las personas conocedoras del solar, desde hace muchos años, lo mismo que por las que lo han conocido en estos últimos años; solar y casa de habitación por los cuales ha pagado los derechos de impuesto predial correspondiente, según recibos que acompaño.

"6º Luis María Mejía A., con Juan de los Santos Mejía, compró dos derechos en la sucesión de Ignacio Amézquita, a los hermanos de mi mandante, señores Jesús y Mercedes Amézquita, derechos que vendieron los compradores a Leopoldo López y éste a Escolástico Castro, quien ocupa hace tiempos el solar donde están radicados esos derechos, absolutamente independientes del solar, que por prescripción extraordinaria posee mi representada.

"7º A la señora Amézquita se le ha quitado la posesión y la tenencia de la casa y solar objeto de esta demanda, en virtud de venta que el citado Luis María Mejía le hizo al señor Luis Duque U., según escritura de doce de agosto del año próximo pasado, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, en la cual dice Mejía A., que el inmueble lo hubo por compra hecha a José Ignacio Amézquita y a Jesús del mismo apellido, lo cual es absolutamente falso, siendo así que cuando Luis María nació, los Amézquitas ya habían fallecido.

"8º El señor Luis Duque U., expresado, tenía pleno conocimento de que Mejía A. no era dueño de la casa y solar que se pretende reivindicar; pero, no obstante, aceptó la escritura de enajenación, lo cual viene a colocarlo en la categoría de 'poseedor de mala fe.'

En mérito de las razones precedentes, en nombre de la señora María de los Dolores Amézquita, de las condiciones civiles anotadas, demando al señor Luis Duque U., mayor de edad y vecino de aquí, para que, previos los trámites de juicio ordinario reivindicatorio, cuya cuantía estimo en setecientos pesos oro ($ 700), para lo siguiente:

"a) Para que se le condene a restituírle a mi poderdante, dentro del término que usted le señale, la casa y solar cuya situación y linderos quedan expresados atrás.

"b) Para que se le condene a restituírle a la misma los productos del inmueble percibidos, o sea el valor de los arrendamientos de la casa y solar mencionados, desde el doce de agosto de mil novecientos veinticuatro, hasta que verifique la restitución, y no sólo los frutos y productos percibidos sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el inmueble en su poder. Y en caso de no existir esos frutos o productos, a pagar el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de su posesión; y

"c) Para que se le condene a pagarle a mi patrocinada los deterioros que ha sufrido la casa en su poder y por su culpa, deterioros consistentes en la desmejora que han sufrido las paredes, los techos y los pisos de la misma."

El señor Juez 2º del Circuito de Manizales admitió la demanda por auto del catorce de mayo de mil novecientos veinticinco, y la corrió en traslado al demandado, quien rechazó la acción deducida contra él; negó la mayor parte de los hechos, y propuso las excepciones de dolo, carencia de causa, causa falsa y supuesta, petición antes de tiempo o de modo indebido, prescripción adquisitiva y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida, si alguna vez existió.

La demandante adicionó la demanda en el sentido de pedir que se declarara de su propiedad el inmueble que va a reivindicarse (folio 27).

El veinte de noviembre de mil novecientos veintiocho, el Juez pronunció sentencia absolutoria.

El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de veintiocho de octubre de mil novecientos treinta, falló así la litis:

"Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, y en su lugar resuelve:

"1º La señora María de los Dolores Amézquita es dueña de la casa y solar a que se refiere el punto primero de la parte expositiva de la demanda, por haberle ganado el dominio del inmueble por prescripción extraordinaria contra el demandado y contra toda persona.

"2º En consecuencia, se condena al demandado Luis María Duque U. a restituír a la señora Amézquita la casa y solar en referencia, tres días después de ejecutoriada esta sentencia.

"3º Se condena asimismo al demandado a pagar a la señora Amézquita los frutos naturales y civiles del inmueble, computados a razón de doce pesos mensuales, en que han sido avaluados por peritos, desde el once de junio de mil novecientos veintitrés, fecha de la contestación de la demanda, hasta que el pago se verifique, por considerar al demandado poseedor de buena fe; y

"4º Se absuelve al demandado Duque U. de los demás cargos formulados contra él en el libelo de demanda."

Duque interpuso recurso de casación, que la Corte admite por hallarlo en las debidas condiciones en orden a la cuantía y naturaleza del asunto.

Antes de ser repartido el negocio en la Corte, el recurrente envió un memorial, el cual reprodujo y adicionó

dentro del término del traslado. Ambas piezas se tendrán en cuenta.

Se alegan las causales primera y segunda de casación (artículo 2º de la Ley 169 de 1896).

Para sostener la segunda, dice el recurrente que el Tribunal, al declarar a la Amézquita dueña del inmueble, por haberlo ganado por prescripción extraordinaria contra el demandado y contra toda persona, violó los artículos 2531 y 2532 del Código Civil, y expone algunas razones con el fin de acreditar que se interpretaron mal algunas pruebas y se prefirieron indebidamente otras. Pero se comprende sin esfuerzo que el cargo, así presentado, no es motivo propio de la segunda causal, sino de la primera, que es la adecuada para el examen de los errores de hecho o de derecho en que se incurra en la apreciación de las pruebas o de las violaciones directas o indirectas de textos legales.

Agrega que el Tribunal resolvió sobre puntos que no fueron objeto de la controversia pues sin haber manifestado el demandante en la parte petitoria del libelo, que ejercitaba la acción de prescripción extraordinaria, la declaró en la sentencia, con quebrantamiento de los artículos 835 y 837 del Código Judicial. Mas a esto ha de observarse que el Tribunal interpretó la demanda en el sentido de admitir que la acción reivindicatoria está fundada en el dominio que la demandante entiende haber ganado por prescripción extraordinaria; de donde se deduce que, sin demostrarse que el sentenciador hubiera incurrido en evidente error de hecho en aquella interpretación, no es dable asegurar que falló sobre punto no incluído en la demanda.

Con la mira de sustentar la primera causal, se dice que la sentencia es violatoria de ley sustantiva, ya directamente, ya por interpretación errónea de la misma o indebida aplicación al caso del pleito. Se alegan también errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

El recurrente no expresó separadamente, y enumerados, los motivos de la causal, según el artículo 9º de la Ley 90 de 1920. La Corte procurará tratar con el método posible esos motivos.

En primer lugar, expone el recurrente que él le compró el inmueble de que aquí se trata a Luis M. Mejía, por escritura número 1059, otorgada en la Notaría 2ª de Manizales, el día doce de agosto de mil novecientos veinticuatro. Sin que se hubiera solicitado en la parte petitoria de la demanda la nulidad de este título y la cancelación de su registro, como era lo lógico, para que tuvieran cabida las declaraciones pretendidas por la demandante, el Tribunal declaró a la señora Amézquita dueña de la casa y solar, por haber ganado el dominio por prescripción extraordinaria.

"El artículo 1857 del Código Civil en relación con el 740 y siguientes de la misma obra, especialmente el 745 de allí, ha sido violado, porque teniendo el dominio y posesión de la casa y solar materia de la controversia, en virtud de ese título legal traslaticio de dominio, era necesario ante todo, si se trataba de venta de cosa ajena, por haber ganado la señora Amézquita, como lo dice el Tribunal, ese mismo dominio por prescripción extraordinaria, era necesario, repito, que se declarara previamente la nulidad de mi escritura y la cancelación de su registro, pues no podrían coexistir esos dos títulos sobre la misma cosa, a saber: la escritura de compraventa, en virtud de la cual yo soy dueño del dominio y posesión de la casa y solar, y la prescripción extraordinaria, por parte de la demandante; de manera que sin anular mi título, no podía proceder el Tribunal a declarar dueña de la misma cosa, por el título de prescripción extraordinaria, de que habla en la sentencia acusada, y menos sin que en la demanda se hubiera solicitado en la parte petitoria de ella el reconocimiento de la referida prescripción."

Si con arreglo al artículo 1871 del Código Civil—prosigue el autor del recurso—vale la venta de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del dueño, el título de dueña de la Amézquita debió exhibirse con la demanda, o traerse durante el término probatorio, y en parte alguna aparece tal título. Existe, pues, violación de las disposiciones citadas, porque la sentencia desconoce un título legal, y le atribuye el dominio a la expresada señora, amparándola con la prescripción extraordinaria, que ella no indicó en la parte petitoria.

Se considera:

Carece de razón el recurrente al formular el presente reparo. En el caso de venta de cosa ajena, el dueño que va a reivindicarla no tiene porqué demandar la nulidad de la venta, ni ésta es nula, como que, por el contrario, el artículo 1871 del Código Civil la declara válida. Al reivindicador le basta dirigirse desde luégo contra el poseedor, con aducción de su título.

Aplicando este principio jurídico al caso actual, hay que deducir que la señora Amézquita no estaba obligada, como lo cree el recurrente, a pedir la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre José María Mejía y el señor Duque, contrato que tiene la validez de la venta de cosa ajena, y que pudo establecer directamente la acción contra el demandado, apoyando su dominio en el título de prescripción adquisitiva extraordinaria. Por lo demás, no era preciso que este título lo indicara en la parte petitoria del libelo, pues ya lo había manifestado en los hechos 1º y 5º de la expositiva.

Por tanto, no se descubren las violaciones alegadas en el actual motivo.

En segundo lugar, manifiesta el recurrente que el Tribunal quebrantó el artículo 1760 del Código Civil, porque le dio valor probatorio, con el carácter de muy sugestivo, al documento del folio 13 del cuaderno principal, de fecha quince de junio de mil ochocientos cincuenta y nueve, por el cual un señor Juan María Osorio quiso vender a un señor Ignacio **Améstica** (no Amézquita), el solar de que allí habla, documento que no fue firmado por nadie, y que por cuentas, nada tiene qué ver con el asunto de que aquí se trata.

"De manera que al estimar el Tribunal, siquiera como principio de prueba ese papel sin firma, violó el artículo 1760 del Código Civil precitado, el 1857 de la misma obra y las demás disposiciones que establecen que para la adquisición de bienes raíces son necesarias las solemnidades de la escritura pública y el registro."

Se considera:

El sentenciador llegó a la conclusión de que la Amézquita había ganado por prescripción extraordinaria el dominio del inmueble, mediante la prueba testimonial que ella adujo; y si citó el documento referido del folio 13, fue en calidad de **motivo**, para creer que aquella señora hubo el inmueble por herencia paterna. De ese documento no dijo el Tribunal que fuera una prueba plena,

y ni siquiera la calificó de principio de ella: la acogió, sin duda, como un indicio, que unió a otros, para el fin que se proponía. Por tanto, como el aserto acerca de que la demandante ganó por prescripción extraordinaria el dominio del inmueble (prescripción que, como es sabido, no ha menester título escrito), aparece apoyado en una prueba testimonial y no en la estimación del susodicho documento, no fue quebrantado el artículo 1760 del Código Civil por esta estimación, que fue hecha por vía de motivo o indicio.

En tercer lugar, observa el autor del recurso que la demandante contrajo matrimonio en mil ochocientos setenta y dos, y enviudó en mil novecientos diez y ocho, según las respectivas partidas traídas al proceso. Luego es forzoso convenir en que la prescripción alegada por ella y garantizada por una posesión de treinta años, de mil novecientos veinticuatro hacia atrás, no produjo un fenómeno jurídico que la autorice para alegar aquella prescripción, porque las mujeres casadas, como los menores, están en entredicho, pues ni siquiera pueden aceptar donaciones, legados y herencias sin la autorización de su representante o la del Juez en subsidio (artículos 62, 182 y 1468 del Código Civil). Si esto es así, con razón mucho menor podrán adquirir el dominio de bienes raíces en la forma que se alega:

"En tal caso sería la sociedad conyugal la que podría adquirir por prescripción, y eso no se ha alegado."

El Tribunal, con el fin de desvanecer esta objeción, estima que en el proceso hay motivos suficientes para creer que la señora Amézquita hubo el inmueble por herencia paterna.

Copia el recurrente los párrafos pertinentes de la sentencia, y prosigue diciendo que el Tribunal, partiendo de una base falsa (la adquisición del inmueble por herencia paterna), interpretó erróneamente los artículos 778 y 781 del Código Civil, y los aplica indebidamente al caso del pleito, con violación del artículo 682 del Judicial, "al estimar que para probar la existencia de la sucesión de José María Mejía, la no inclusión en el inventario respectivo del inmueble de que se trata, son suficientes las declaraciones de los testigos, doctor José María Arias y doctor Manuel Valencia Arias, así como el papel sin firma del folio 13 del cuaderno principal."

Y agrega:

"De manera que la existencia de la sucesión de José María Mejía y la no inclusión del inmueble en el inventario respectivo, han debido probarse con las copias auténticas traídas a estos autos de ese juicio, y puesto que no es admisible la prueba testimonial, la interpretación y la aplicación que el Tribunal ha pretendido dar a los artículos 778 y 771 del Código Civil, apoyándose en una conjetura desprovista de toda prueba, son erróneas desde todo punto de vista, y por ello debe infirmarse el fallo acusado."

Se considera:

El Tribunal, en virtud de la prueba testimonial aportada al juicio por la demadante, estimó que ésta había ganado el dominio por prescripción extraordinaria, y si luégo expresa haber en los autos motivos suficientes para creer que la señora Amézquita hubo el inmueble por herencia paterna, ha querido significar, en sentir de la Corte, que tal inmueble perteneció al padre de ella; esto para deducir que la posesión se entendía a favor de la Amézquita y no a favor de la sociedad conyugal de que formaba parte.

Ahora bien: no ha habido, en la sentencia acusada, mala interpretación de los artículos 778 y 781 del Código Civil, porque el Tribunal los transcribe sin tratar de darles otro sentido del que claramente se desprende de su letra.

Cuanto a la indebida aplicación de los mismos, que se hace derivar de la circunstancia de que sin estar probado con los respectivos documentos auténticos que el solar fue excluído de la sucesión de José María Mejía, por pertenecer a la Amézquita en virtud de herencia paterna; es de observarse que el Tribunal pudo errar al considerar esto último; pero el error no es motivo suficiente para infirmar el fallo, por las siguientes razones:

Cual ya se dijo, el reconocimiento del dominio por prescripción a favor de la Amézquita, se apoya en una prueba testimonial, que exhibe a ésta como poseedora del inmueble por treinta años; por donde no se advierte la necesidad de que ella uniera su posesión a la del antecesor (artículo 778).

Mas como se arguye que la nombrada señora no podía poseer para sí, por ser mujer casada, y que la verdadera poseedora en cuyo provecho había de cumplirse la prescripción, era la sociedad conyugal, por conducto del marido, ha debido aducirse por el recurrente el texto legal transgredido por el Tribunal al respecto, es decir, la disposición del Código Civil; en virtud de la cual tanto la posesión como la adquisición del dominio por prescripción, se entendían verificadas en beneficio de la sociedad conyugal. Esa disposición no es la del artículo 781 citado; porque del antecedente de que la posesión puede tomarse no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario o representante legal, no se sigue de suyo en el caso actual, que la sociedad conyugal hubiera tomado la del terreno por medio del marido, pues si la mujer comenzó a poseer antes del matrimonio, durante éste, esa posesión la conservó para sí hasta que se cumpliera la prescripción, con arreglo a la doctrina del artículo 1792, numeral 1º, del Código Civil: en este evento, como se nota la disposición del susodicho artículo 781, le serviría de amparo a la Amézquita. Ni aparece quebrantado el artículo 1805, una vez que del hecho de que el marido sea jefe de la sociedad conyugal, y como tal administrador de los bienes sociales y los de la mujer, no se deduce que no haya casos en que la prescripción se cumpla en favor de la mujer, y, por consiguiente, sea ésta la poseedora de la cosa que está en vía de prescribir. Cuanto a los artículos subsiguientes, presentados en conjunto por el recurrente en su segundo memorial, ha debido él singularizar los que estimaba violados, explicando el concepto en que lo hubiera sido.

Por lo expuesto, admitiendo que el Tribunal erró al aseverar sin prueba bastante que de la sucesión del marido de la señora Amézquita fue excluído el solar, por haber pertenecido al padre de ella, no es dable casar la sentencia, porque el recurrente no ha expresado cuál es la ley violada, para obedecer el mandato ineludible del artículo 9º de la Ley 90 de 1920.

Los artículos legales que citó no son los verdaderamente quebrantados, y la Corte no puede declarar oficiosamente la violación no acusada de otros textos.

Se alega error de hecho en la apreciación de las declaraciones que el Tribunal estimó para reconocerle a la demandante el derecho de dominio, desechando las pre-

sentadas por la contraparte para acreditar la posesión en su favor por más de treinta años. Las declaraciones de la demandante son incompletas, porque no todos los testigos fueron repreguntados, como lo pidió el demandado, y por tal razón no es dable estimarlas. La declaración en tal evento queda incompleta y carece de valor ante la ley, si no consta que se le haya formulado la correspondiente pregunta.

"Precisamente de este vicio adolecen las declaraciones en que el Tribunal se ha apoyado para fundar el fallo que acuso, y, por tanto, ha incurrido en un error evidente en la apreciación de esas declaraciones incompletas, puesto que no se les hizo sino a dos el contrainterrogatorio presentado."

Se considera:

Ignórase porqué motivo no fueron repreguntados todos los testigos presentados por la parte demandante en la segunda instancia. Lo fueron únicamente José Vásquez y el presbítero José María Arias, y eso varios meses después de haber dado la declaración principal. Como el demandado no pidió que las preguntas se formularan después que los testigos contestaran cada una de las preguntas principales, el Tribunal entendió, sin duda, que aquellas debían hacerse inmediatamente después de rendida toda la declaración (artículo 649 del Código Judicial anterior); pero en este caso pudo faltar papel de la parte demandada, y no tenía obligación el Tribunal de transcribirlas en el papel de la demandante. De suerte que la omisión de las preguntas a algunos testigos, pudo provenir de un motivo excusable o de un descuido del Tribunal, y en semejante incertidumbre, no es dable afirmar que ha habido un error evidente de hecho al apreciar las declaraciones a que no se hicieron repreguntas.

El impugnador critica especialmente las disposiciones de los nombrados Vásquez y Arias, porque estima que ellos cayeron en contradicciones; pero el reparo no reviste gravedad, pues aun concediendo que sean inadmisibles aquellas deposiciones por los yerros que se les atribuyen, quedan en pie otros testimonios de primera y segunda instancia, apreciados por el Tribunal, para concluír que la Amézquita ganó por prescripción extraordinaria el dominio del inmueble.

Critica también el recurrente el análisis que el sentenciador hizo de las declaraciones por él aducidas para establecer que Luis M. Mejía, su tradente, poseyó materialmente el solar por un lapso de más de treinta años. A lo cual ha de observarse que el Tribunal cotejó los conjuntos de las declaraciones de las partes, y halló que el de la demandante era preferible, y desechable el de la parte demandada. Hé aquí cómo resumió su pensamiento:

"Por consiguiente, lo que se deduce rectamente de tales testimonios (los presentados por el señor Duque), es que Luis María Mejía cultivó el solar por orden o con permiso de sus padres, y que estos actos y otros que él ejerció en el solar mencionado, los ejercitó como hijo de familia, sin que esos actos lo acreditaran como dueño o poseedor del inmueble; y mal podría ser poseedor del terreno cuando aparece demostrado, con pruebas de mayor credibilidad, que la verdadera poseedora del inmueble fue la señora Amézquita, quien lo hubo por herencia paterna, y ejerció en él actos de dominio por más de treinta años; y porque es máxima de jurisprudencia que no puede haber derecho contra el derecho."

No ha demostrado el recurrente, a juicio de la Sala, que el sentenciador hubiera incidido en un error evidente de hecho o en error de derecho al efectuar la apreciación del conjunto de los testimonios. Lo que sobre el particular consigna en sus memoriales, son reflexiones más propias de las instancias que de la casación. Ni se advierte la transgresión del artículo 75 de la Ley 105 de 1890, que se sugiere, porque el Tribunal, entre dos series de declaraciones opuestas, se atuvo a los dichos de los testigos que, de conformidad con las reglas de la crítica legal que él aplicó como apreciador de la prueba, entendió que decían la verdad o se acercaban más a ella.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es casable la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese y cópiese esta sentencia. Publíquese en audiencia y en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En el juicio ejecutivo que Adela Patiño adelanta contra Ricardo Ortiz, en el Juzgado del Circuito de Calarcá, Marcelino Naranjo introdujo una demanda de tercería excluyente, en que pide se declare:

a) Que el tercerista tiene mejor derecho que el ejecutado y la ejecutante al dominio del inmueble embargado en la mencionada ejecución, de que da cuenta el hecho 1º, junto con todo lo establecido o plantado y sembrado y edificado en dicho inmueble.

b) Que si se trabare ejecución a esta tercería, pague quien tal hiciere, las costas de la presente acción.

Como hechos de esta demanda, el tercerista enuncia los siguientes:

"1º En la ejecución establecida por la señora Adela Patiño contra el señor Ricardo Ortiz por suma de pesos, éste manifestó para el pago un predio ubicado en el punto de **La Paloma**, de esta jurisdicción, y que fue embargado, por estos linderos:

'De un caimo (árbol), que está nacido sobre una piedra a orillas del río Santo Domingo, siguiendo el borde de un barranco, hasta encontrar con la cuchilla de **Malpaso**; de aquí, y siguiendo por toda la cuchilla de **Malpaso**, arriba, hasta salir al mojón del arenillo, mojón de piedra colocado a orillas del camino que va para **Guayaquil**; de aquí, y viniendo por todo el camino, hasta llegar a la quebrada de **La Sonadora**; por ésta, abajo, hasta su desemboque en el río Santo Domingo, y por éste, abajo, hasta el mojón del caimo, primer punto de partida.'

"Luego que fue a verificarse el depósito, yo hice uso del derecho que otorga el artículo 189, Ley 105 de 1890, y se procedió como allí se determina.

"3º Cumplidos por la parte demandante algunos requisitos exigidos por la ley, yo propuse articulación de desembargo del bien embargado, fundado en el artículo

204 de la citada Ley 105. El fallo que decidió la articulación me fue adverso, pero se me dejó, como la ley lo establece, el derecho para promover tercería excluyente.

"4º La extensión comprendida en la delimitación fijada en el interrogatorio, y a que se refieren los declarantes, es la misma incluída en el embargo y a que hago referencia al principio de la presente, bajo el número 1º"

El tercerista cita como fundamentos de derecho los artículos 217, 219, 221, 222, 223, en relación con los artículos 234, 227, 233, 236, todos de la Ley 105 de 1890; la segunda parte del inciso 1º del artículo 190 de la misma Ley; el 55 de la Ley 40 de 1907; los incisos 1º y 2º del artículo 765 del Código Civil.

Tanto la ejecutante como el ejecutado se opusieron a esta acción. El Juez sentenció así:

"El señor Marcelino Naranjo R. no ha comprobado el derecho, causa o razón por que intentó su demanda, ni los hechos en que la apoyó, contra los señores Adela Patiño y Ricardo Ortiz, el día diez y nueve de noviembre de mil novecientos veintiuno, en su carácter de ejecutante, la primera, y el último, ejecutado, sosteniendo que él tiene mejor derecho que el ejecutado y la ejecutante al dominio del bien raíz presentado y embargado en dicho juicio, cuyos límites describe así:

'De un caimo (árbol) que está nacido sobre una piedra a orillas del río Santo Domingo, siguiendo el borde de un barranco, hasta encontrar con la cuchilla de **Malpaso**; de aquí, y siguiendo por toda la cuchilla de **Malpaso**, arriba, hasta salir al mojón del arenillo, mojón de piedra colocado a orillas del camino que va para **Guayaquil**; de aquí, y viniendo por todo el camino, hasta llegar a la quebrada de **La Sonadora**; por ésta, abajo, hasta su desemboque en el río Santo Domingo, y por éste, abajo, hasta el mojón del camino (sic), primer punto de partida.'

"Por tanto, se declara que tiene mejor derecho que dicho tercerista, el ejecutado Ricardo Ortiz y la ejecutante Adela Patiño, al terreno demandado que se acaba de alinderar y que se persigue para el pago; y, como consecuencia de la anterior declaratoria, prosígase el juicio ejecutivo contra Ortiz, hasta el remate del enunciado inmueble.

"Sin costas."

Apelado el fallo por el tercerista, el Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de siete de noviembre de mil novecientos treinta, "**confirma** el fallo apelado, con la adición de que el tercerista tiene derecho al pago de las mejoras con derecho a retención.

"Se condena en costas al apelante, las cuales se estimarán luégo."

El tercerista interpuso casación, recurso que es admisible. Alega el recurrente contra la sentencia, la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, así por violación de ley sustantiva como por errónea apreciación de hecho y de derecho de determinadas pruebas.

Primer cargo.

"El Tribunal desconoció—dice el recurrente—la fuerza probatoria de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha veintidós de octubre de mil novecientos diez y nueve, fundándose en que la tal sentencia no fue inscrita.

"Esa sentencia recayó a consecuencia de la oposición que estableció Valentiniano Giraldo a la solicitud de adjudicación hecha por Marcelino Naranjo del lote de terreno que es materia de la tercería excluyente.

"Sostengo que el Tribunal, al desconocer la fuerza probatoria de esta sentencia, fundándose en que ella no fue inscrita, violó el artículo 2652 del Código Civil, por indebida aplicación de este artículo al caso del pleito.

"En efecto: las sentencias cuyo registro es obligatorio al tenor de la disposición citada, son aquellas que resuelven los derechos litigiosos en forma definitiva, creando por sí mismas una situación jurídica invariable, sin que sean precisas diligencias o actuaciones posteriores para darles solidez y firmeza. No está la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en este caso. Ella fue pronunciada en juicio de oposición a la adjudicación de un baldío, lo que quiere decir que dentro del proceso legal sobre adjudicación de baldíos, esa sentencia apenas constituye un incidente del juicio, sin que tenga por sí sola fuerza suficiente para crear una situación jurídica. Dictada esa sentencia, era necesario que la actuación de que ella hizo parte continuara hasta la adjudicación definitiva del baldío, para que entrara como parte integrante de la resolución respectiva, y para que al ser registrada esa resolución, de hecho quedara también registrada la sentencia."

Se considera:

El fallo a que se refiere el cargo constituye una sentencia definitiva ejecutoriada, la cual está sujeta a la formalidad del registro, de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal 2º del artículo 2652 del Código Civil.

"Ninguno de los títulos, dice el artículo 2673 ibídem, sujetos a la inscripción o registro, hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código."

Las disposiciones citadas son claras en su letra y en su espíritu, de modo que jurídicamente no puede ampliarse ni restringirse su alcance. Las sentencias definitivas ejecutoriadas, por ende, no pueden apreciarse como pruebas cuando carecen de la formalidad del registro. Sobre el particular es uniforme y constante la jurisprudencia de la Corte.

"Para que una sentencia definitiva pueda fundar la excepción de **cosa juzgada**, es necesario que haya sido debidamente registrada" (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo 1º, número 936).

"Para determinar si una sentencia ejecutoriada presta mérito ejecutivo, basta ver si el documento es efectivamente un fallo, o sea una determinación del Poder Judicial, si es firme lo resuelto en él, y si se ha registrado. Si estos tres puntos se resuelven afirmativamente, eso es lo bastante para graduarla de documento que presta mérito ejecutivo." (Tomo 1º, número 1312).

"Comete error de derecho el Tribunal al estimar como prueba de que un pago por consignación no se efectuó, la sentencia, sin registro, que declara mal hecha la consignación." (Tomo 3º, número 3374).

El cargo es infundado.

Segundo cargo.

"El Tribunal desconoció, dice el recurrente, la eficacia de la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Manizales, en juicio de oposición surtido entre Valentiniano Giraldo y Marcelino Naranjo, en la solicitud sobre adjudicación de baldíos hecha por este último, alegando que si bien es cierto que esa sentencia es eficaz en el negocio en que se pronunció, no lo es en el presente, por tratarse de negocio distinto."

Se considera:

"En cuanto a la sentencia proferida por el honorable Tribunal de Manizales, en el juicio en que se profirió, hace plena prueba; pero no en el presente, por carecer ella del registro de la inscripción, aunque está debidamente ejecutoriada, por una parte, y por otra, porque no obliga al Tribunal la consideración o consideraciones de ese fallo, que es indudablemente eficaz en el negocio en que fue pronunciado, mas no en éste, que es distinto, en cuyo caso esa sentencia pierde mucho de su eficacia, tanto por falta de la inscripción, como porque no es un indicio vehemente, ni siquiera grave, acerca de la verdad del hecho sobre que ahora va a fallarse."

La razón fundamental que tuvo el Tribunal para desechar como prueba la sentencia en referencia, fue la falta de inscripción, como claramente consta en el pasaje transcrito.

El cargo es infundado.

Tercer cargo.

"Y si la sentencia—dice el recurrente—del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales tuvo eficacia en la expedición de la Resolución número 456, de julio 31 de 1922, emanada del Ministerio de Agricultura y Comercio, si esa Resolución, por lo que toca al lote de terreno adjudicado en ella, y por lo que toca a las personas que intervinieron en el actual juicio de tercería, que son las mismas que intervinieron en el juicio de oposición, es título justo, el Tribunal sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba que constituye esta Resolución, y violó, por lo mismo, el artículo 765 del Código Civil, que define lo que es justo título, comprendiendo allí el traslaticio de dominio, al cual se equipara la Resolución de adjudicación, que no es otra cosa que la traslación que el Estado hace a los particulares de los baldíos."

Se considera:

El Tribunal hizo un cotejo de los títulos presentados por los interesados, y llegó a la acertada conclusión de que son mejores los títulos presentados por el ejecutado, según consta en los siguientes pasajes:

"Se practicó una inspección ocular (folio 21 del cuaderno de pruebas del ejecutado en la segunda instancia), la que se verificó teniendo a la vista los títulos de que se ha hecho mención, y en ella quedó establecido lo siguiente:

'Acto seguido los peritos examinaron los títulos a que se refiere el interrogatorio respectivo, y que son: las escrituras números 422, otorgada en Calarcá el diez y siete de septiembre de mil novecientos diez y seis; 320 y 259, de diez y ocho de septiembre de mil novecientos quince y veintiséis de noviembre de mil ochocientos noventa y cinco, la primera en Calarcá y la última en Cartago; 435, de siete de diciembre de mil ochocientos noventa y tres, otorgada en Cartago; 129, de veintidós de junio de mil ochocientos noventa y tres, otorgada en Salento; 120, de once de junio de mil ochocientos noventa y dos, otorgada ante el Secretario de Salento; 129, de veintidós de junio de mil ochocientos noventa y dos, otorgada ante el Secretario Municipal de Salento; 119, de cuatro de febrero de mil ochocientos noventa y ocho, otorgada ante el Notario de Pereira, y otras; las diligencias de inspección ocular practicadas en la primera instancia, de fecha veintisiete de abril de mil novecientos veintitrés; los linderos del bien raíz, relacionados por el ejecutado en la diligencia de notificación del auto ejecutivo, y el bien inmueble determinado y alinderado en la tercería excluyente, demanda de Marcelino Naranjo.

'a) Es cierto que el terreno de que tratan todos esos documentos es el mismo presentado o relacionado por el señor Ricardo Ortiz para el pago de la suma por la cual se le ha venido persiguiendo en acción ejecutiva.

'b) Es igualmente cierto que ese inmueble es el mismo que viene reclamando Marcelino Naranjo en acción de tercería excluyente; y

'c) Queda contestado en el anterior, una vez que se afirma que es el mismo.'

"Queda, pues, probado que el terreno a que se refiere la tercería excluyente, está comprendido dentro de los títulos del ejecutado, y que éstos abarcan un período de más de cuarenta años."

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Pereira el siete de noviembre de mil novecientos treinta.

Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Palmira el doctor Cristóbal Uribe V. propuso demanda ordinaria contra la sucesión del señor Raimundo Arce, representada por la señora Mercedes Perazzi viuda de Arce y por los señores Julio César Arce y Neftalí Arce, para que por sentencia definitiva se hicieran en su favor las siguientes declaraciones:

"Que la sucesión demandada me es deudora de la suma de cinco mil pesos moneda corriente, de oro, que a Rómulo Lucio Arce correspondía en el precio de seis mil pesos en que éste y el extinto causante de la sucesión, señor Raimundo Arce, enajenaron la propiedad de que hace mérito la escritura citada en el hecho primero fundamental de esta demanda y que el primer cesionario de Rómulo Lucio Arce, señor Alfonso Angel G., me cedió en la forma historiada en el hecho 5º, y que tal suma de cinco mil pesos debe satisfacérmela la esposa sobreviviente, señora Perazzi V. de Arce y los herederos descendientes legítimos del de cujus, señores Julio César Arce y Neftalí Arce, con audiencia y citación de los cuales se

seguirá el juicio, que inicio con esta demanda, dentro de seis días después de notificada la sentencia condenatoria. Asímismo declarará que me deben los intereses de esa suma al dos por ciento mensual, devengados desde el día quince (15) de junio de mil novecientos quince (1915) hasta la fecha de la sentencia y los que se devenguen de allí en adelante hasta la solución de la deuda, a la rata expresada, condenándolos también en costas del juicio si lo afrontaren impugnando la acción.

Subsidiariamente, en defecto de la declaración de que se me deben los cinco mil pesos y deben pagárseme dentro de seis días contados desde la notificación de la sentencia firme condenatoria, demando a la citada sucesión representada por los citados sucesores del señor Raimundo Arce, para que hagan la declaración de que me deben la cantidad que en el curso del juicio fijen peritos estimadores, elegidos conforme a la ley, a la parte que en el precio de venta de la propiedad determinada en la escritura 155 supracitada, correspondía al vendedor Rómulo Lucio Arce, por lo por él enajenado a Saturnino Bryón, y que hoy me corresponde como a cesionario mediato de aquél, y que tal cantidad de estimación pericial (que se determinará singularmente cual ella sea) deben pagármela los sucesores de Raimundo Arce dentro de seis días después de la notificación de la sentencia, abonándome además intereses corrientes de la suma, a la rata que se fije (si la del dos por ciento mensual demandada principalmente se negara), desde la fecha citada del quince de junio de mil novecientos quince hasta que el pago se verifique, y las costas del juicio, en todo evento de contradicción de la acción."

Citó en apoyo de su demanda los artículos 2305, 2181, inciso 3°; 2182, 2183 del Código Civil y los hechos siguientes:

"1° Por escritura otorgada en la Notaría segunda de este Circuito, con fecha quince de junio de mil novecientos quince, bajo el número 155 (ciento cincuenta y cinco), los señores Raimundo Arce y Rómulo Lucio Arce vendieron al señor Saturnino Bryón una propiedad rural ubicada en el sitio denominado **El Pijao,** en tierras de **La Quesera** y **Burrera,** en jurisdicción de este Municipio, venta que le hicieron en un precio convencional de seis mil pesos ($ 6,000) oro, que el comprador Bryón pagó de contado, entregándole todo al vendedor Raimundo Arce únicamente, pues al otro vendedor Rómulo Lucio Arce no entregó ni éste le recibió parte alguna de tales seis mil pesos.

"2° Don Raimundo Arce no entregó al covendedor con él, señor Rómulo Lucio Arce, parte alguna de los seis mil pesos del precio en que ambos enajenaron al señor Saturnino Bryón la propiedad a que se alude en el hecho precedente, y por él recibidos íntegramente, ni a tiempo de recibirlos de Bryón, ni en tiempo posterior alguno, no obstante que Rómulo Lucio Arce le reclamó en repetidas ocasiones la entrega de la parte del precio de la enajenación ameritada que a éste correspondía.

"3° Rómulo Arce era dueño de todos los derechos territoriales y de la mayor parte de las mejoras en ellos fundadas que enajenó con don Raimundo Arce a don Saturnino Bryón por medio de la escritura número 155, puntualizada en el hecho 1°, pues Raimundo Arce sólo era poseedor de una pequeñísima mejora cuyo valor proporcional en el del precio de venta a Bryón, alcanzaría a representar a lo sumo una sexta parte de los seis mil pesos, o sea mil pesos de valor; por manera que a Rómulo Lucio Arce corresponde en el precio de la enajenación a don Saturnino Bryón, la cuota restante de cinco mil pesos, cuando menos, completo del total del precio de la venta ameritada.

"4° Este valor de cinco mil pesos ($ 5,000) que don Raimundo Arce debió entregar y no entregó a su covendedor a Bryón, señor Rómulo Lucio Arce, y que a éste correspondía—cuando menos, se repite—en el precio total de los seis mil pesos de la venta operada por medio de la escritura 155 supradicha, lo cedió Rómulo Lucio Arce al señor Angel G. por medio de la escritura otorgada en la Notaría segunda del Circuito de Cali, bajo el número 257 (doscientos cincuenta y siete), de diez y nueve de abril de mil novecientos veintitrés, la que en copia debidamente registrada acompaño.

"5° A su vez el acreedor cesionario señor Alfonso Angel G. me hizo cesión a mí del aludido crédito. Consta esta cesión y los términos en que me fue hecha, en la nota respectiva extendida y visible al pie de la copia auténtica de la escritura precitada número 257, de la Notaría segunda de Cali, de fecha diez y nueve de abril de mil novecientos veintitrés.

"6° Sin haber pagado ese crédito, proveniente de la parte del precio de seis mil pesos relativo a la venta hecha a Saturnino Bryón por los señores Raimundo Arce y Rómulo Lucio Arce, que a éste correspondía, murió don Raimundo Arce en este Municipio y fue sepultado el día veinticuatro de julio de mil novecientos veinticinco; y el juicio de su sucesión se encuentra abierto y en curso en su despacho, según auto de apertura provisto con fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos veinticinco, distinguido con el número 127.

"7° En ese citado auto de apertura de la sucesión de don Raimundo Arce, declaró usted, que la señora Mercedes Perazzi viuda de Arce, es interesada en la sucesión de aquél, en su carácter de cónyuge sobreviviente, y los señores Neftalí Arce y Julio César Arce lo son también como herederos universales del causante, en su carácter de hijos legítimos. Y el auto que se fechó el once del propio noviembre admitió al señor don Rafael Navia Belalcázar, como personero, en su calidad de apoderado judicial de los tres citados interesados en la mortuoria.

"8° Don Raimundo Arce antes de morir fue interrogado por mí en posiciones juradas ante el Juzgado segundo de este Circuito, sobre la materia que dejo historiada atrás, y allí confesó la verdad de lo que aquí dejo afirmado, en materia de hechos, aunque haciendo algunas salvedades que, por tener el carácter de verdaderas afirmaciones constitutivas de excepciones para eximirse del pago de la parte del precio de la venta a Bryón, correspondiente a Rómulo Lucio Arce, antes, hoy a mí, por cesión, debió aquél justificar o deben probar legalmente sus herederos y cónyuge supérstite. La copia auténtica de esas posiciones la acompaño como prueba de este aserto y de los hechos en general.

"9° Don Raimundo Arce no fue autorizado por Rómulo Lucio Arce para recibir del señor Saturnino Bryón la parte que a él, Lucio Arce, correspondía en el precio de la enajenación de la propiedad en la escritura número 155, singularizada; tampoco el comprador Bryón fue autorizado por Lucio Arce para pagar íntegro el precio a don Raimundo Arce, como lo pagó. Luego en aquel recibo y en esta entrega obran don Raimundo y don Satur-

nino arbitrariamente y validos de la simple confianza que a Rómulo Lucio Arce los ligaba.

"10. El crédito de dos mil y pico de pesos que el comprador Saturnino Bryón tenía a cargo de don Raimundo Arce, y del que era fiador Rómulo Lucio Arce, existía inmediatamente antes del contrato de compraventa relacionado y que don Raimundo solucionó con parte del precio de la compraventa, aceptando el documento del crédito cancelado en pago de parte, ganaba intereses convencionales del dos por ciento mensual, los cuales extinguió Raimundo Arce con valores pertenecientes a Lucio Arce provenientes de su parte en el precio de la compraventa. Luego la deuda de aquél para éste y hoy para mí, valor de la parte del precio de la enajenación a Bryón, correspondiente a Lucio Arce, debe ganar también intereses al dos por ciento desde el quince de junio de mil novecientos quince en adelante, hasta que el pago se verifique, pues desde tal fecha se constituyó don Raimundo Arce en mora de pagar la parte del precio correspondiente a Rómulo Lucio Arce que recibió del comprador Bryón y que no entregó a aquél."

El personero de la sucesión demandada rechazó las pretensiones del actor, aceptó algunos hechos, negó otros y opuso las excepciones de petición de un modo indebido, carencia de acción y prescripción.

El Juez del conocimiento falló así la controversia:

"1º Declarar infundadas las excepciones de petición de un modo indebido, carencia de acción y prescripción, propuestas por el personero de los demandados en la contestación de la demanda.

"2º Declarar igualmente que no es el caso de hacer la condenación por la suma de cinco mil pesos y los intereses de ella al dos por ciento mensual como se pide en la acción principal de la demanda y contra los herederos del señor Raimundo Arce; y

"3º Condenar a la señora Mercedes Perazzi viuda de Arce y a los señores Julio César Arce y Neftalí Arce, en su condición de herederos o sucesores del señor Raimundo Arce, al pago, dentro del plazo que las leyes señalen, de la suma de cinco mil cincuenta y un pesos con ochenta y nueve centavos moneda legal, valor que corresponde al doctor Cristóbal Uribe V., como cesionario del crédito del señor Rómulo Lucio Arce en el precio de la venta que éste hizo en asocio del señor Raimundo Arce al señor Saturnino Bryón, según instrumento número 155 del quince de junio de mil novecientos quince, pasado ante el Notario 2º de este Circuito. Esta suma de cinco mil cincuenta y un pesos con ochenta y nueve centavos moneda corriente, debe satisfacerse por los herederos o demandados al señor Cristóbal Uribe V.

"Con costas a cargo de los demandados."

El Tribunal Superior de Cali reformó la sentencia anterior en estos términos:

"I. Declárase infundadas las excepciones de petición de un modo indebido y de prescripción propuestas por el personero del demandado en la contestación de la demanda.

"II. Declárase ilegal la excepción de carencia de acción propuesta igualmente por el mismo personero de la demandada.

"III. Condénase a la señora Mercedes Perazzi viuda de Arce, y a los señores Julio César Arce y Neftalí Arce, en su condición de sucesores del señor don Raimundo Arce, a pagar al señor Cristóbal Uribe V., como cesionario del crédito del señor Rómulo Lucio Arce, mediante la estimación de un juicio pericial, la cantidad líquida que a éste le correspondió en la compraventa formalizada en la escritura número 155, de quince de junio de mil novecientos quince, pasada ante el Notario segundo del Circuito de Palmira; y

"IV. Absuélvase a los demandados de los demás cargos que encierra el libelo de demanda.

"Queda en estos términos reformada la sentencia materia del recurso de apelación.

"Sin costas en ambas instancias."

A petición del demandado fue adicionada esta sentencia con el aparte que a continuación se transcribe:

"Condénase a la señora Mercedes Perazzi viuda de Arce y a los señores Neftalí Arce y Julio César Arce, en su condición de herederos del señor Raimundo Arce, a pagar al señor Cristóbal Uribe V. los intereses legales desde la contestación de la demanda, sobre la cantidad líquida que resulte mediante la estimación pericial que se haga como está ordenado en el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia de que se ha hablado."

Contra el fallo del Tribunal la parte demandada interpuso recurso de casación que la Corte admite por reunir las condiciones legales, y procede a resolver, previo el estudio de la respectiva demanda.

Acusa el recurrente la sentencia por la causal primera de casación y alega que el Tribunal desestimó las declaraciones de testigos sobre pobreza de Rómulo Lucio Arce y carencia de recursos de éste para las compras de inmuebles y semovientes que éste apareció haciendo y sobre que el dinero respectivo era de Raimundo Arce. Del mismo modo erró el Tribunal al desatender el comprobante de haber pagado Raimundo la deuda de Rómulo que a éste se cobraba ejecutivamente. Al dejar de apreciar tales pruebas y de reconocerles su alcance, dejó consiguientemente de aceptar que Raimundo no debía a Rómulo nada de lo que en el presente juicio se pretende. El alcance de esas pruebas era, continúa diciendo el recurrente, de un lado la demostración de no ser ni haber sido nunca Rómulo acreedor de Raimundo; y de otro lado, haberse cancelado, al menos en lo correspondiente, el pago hecho en la referida ejecución, por compensación, el crédito que a despecho de lo dicho pudiera conceptuarse que hubiera existido en favor de Rómulo.

Señala luégo concretamente esas pruebas y dice que en los folios 101 a 105 del cuaderno principal están las declaraciones de los testigos, entre las cuales resalta la del señor Tito Saavedra, por la detallada razón que da de sus afirmaciones y lo decisivo de éstas.

Esto en lo relativo a la pobreza de Rómulo Lucio Arce.

Por lo que atañe a la compensación expresa que de los folios 90 a 101 del mismo cuaderno hay copia legal de la actuación en lo pertinente al pago que hizo Raimundo Arce de la correspondiente deuda que era de cargo del ejecutado Rómulo Lucio Arce, y que en el folio primero del cuaderno de la articulación sobre validez o ineficacia de una cesión, existe un documento original a cargo de Rómulo Lucio Arce y que aparece cubierto por Raimundo Arce. Estima el recurrente que por no haber apreciado el sentenciador estas probanzas, violó el artículo 1494 del Código Civil, en cuanto dio por exis-

tente una obligación que no existía, y quebrantó los artículos 1714 y 1715 del mismo Código, en cuanto, aun en el supuesto de haber habido crédito originariamente, dejó de reconocer que, al menos en parte, ya no lo había, en virtud de la compensación, nacida por ministerio de la ley, del pago hecho por Raimundo Arce de la deuda de Rómulo.

Considera la Corte que, suponiendo que los declarantes citados por el recurrente para demostrar la pobreza de Rómulo Lucio Arce hubieran estado acordes al respecto, esa prueba sería un indicio que no bastaría para desvirtuar la de instrumentos públicos y de confesión que sirvieron de base al Tribunal para decretar favorablemente la demanda.

Pero de otro lado, aparte de la declaración de Tito Saavedra, los demás testigos que figuran en los folios del expediente que el recurrente cita, son adversos al punto que se trata de demostrar.

En lo referente a la excepción de compensación que el autor del recurso indica en su alegato, se observa que no aparece propuesta en ninguno de los términos que señala el artículo 482 del Código Judicial, y aunque es cierto que conforme al artículo 51 de la Ley 105 de 1890, si el Juez hallare justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, debe reconocerla aunque no se haya propuesto ni alegado, la omisión en hacerlo, dado el supuesto de que estuvieran justificados tales hechos, no daría pie para el recurso de casación; pues la Corte tiene resuelto, de acuerdo con los términos del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, causal 2ª, que el no declarar el Juez una excepción perentoria que no fue alegada en tiempo oportuno, no constituye ninguna causal de casación. (Véase sentencia de 31 de julio de 1924, **Gaceta Judicial**, tomo 31, página 87).

Y no puede sostenerse que sea el caso de la primera causal de casación, desde luégo que se trataría de materia no debatida en el juicio y constituiría un medio nuevo.

Uno de los elementos que tuvo el Tribunal para condenar fue la confesión de Raimundo Arce de haber recibido todo el precio de la finca que a Bryón le vendieron el confesante y Rómulo Lucio Arce. El recurrente observa que las posiciones en que tal confesión consta, fueron rendidas por Raimundo Arce a petición del cesionario del crédito, doctor Cristóbal Uribe V., mucho antes de que le fuera notificada la cesión al deudor, y que por tanto carecía de derecho para pedírselas.

Erró el Tribunal de derecho, dice el autor del recurso al apreciar esta prueba, porque todas las disposiciones de la ley procedimental, o sea las relativas a posiciones, exigen la existencia a la sazón de vínculos de derecho entre el interrogado y el absolvente, algún acto o contrato que los ate, una obligación pendiente a cargo del absolvente y a favor no de quienquiera sea, sino precisamente a favor del que interroga. Uribe, pues, en concepto del recurrente, aunque cesionario del crédito que se persigue en este juicio, carecía de personería para interrogar en posiciones al acreedor, a quien no se le había notificado la cesión cuando las absolvió.

De allí deduce que el Tribunal violó el artículo 1960 del Código Civil por no haberlo aplicado al caso del pleito. Si lo hubiera obedecido habría reconocido que ningún efecto pudo producir la cesión notificada el veintidós de octubre de mil novecientos veintiséis, antes de ese día, y que no habiendo por tanto tal cesión en abril de mil novecientos veinticuatro, época de las posiciones, la confesión que ve en las respuestas de Raimundo Arce dadas el cinco de abril de mil novecientos veinticuatro, es legalmente imposible que valga en favor de Uribe, siendo así que fueron respuestas a preguntas de éste que para entonces ningún vínculo tenía con Raimundo.

Con ese error, concluye el autor del recurso, consistente en acoger esas posiciones, violó el Tribunal el artículo 1960 del Código Civil. Quebrantó también los artículos 1494, 1757 y 1769, así: porque dio por existente una obligación que no existe; porque eximió de la prueba de la obligación a quien tiene a su cargo la prueba y porque dio pleno valor probatorio a una confesión que no es prueba por no estar debidamente pedida.

La Corte considera que el Tribunal estimó que por el hecho de la cesión que aparece en la nota puesta al pie de la escritura pública 257, de diez y nueve de abril de mil novecientos veintitrés, Uribe se subrogó en los derechos de su cedente Angel G., y en virtud de esto bien pudo ejercitar el derecho consagrado en el artículo 41 de la Ley 105 de 1890. Esto no puede negarse en virtud de lo establecido en el artículo 1951 del Código Civil, adicionado por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, que determina los requisitos de una cesión para que tenga efectos entre el cedente y el cesionario, y aunque es verdad que conforme al artículo 1960 del mismo Código Civil, la cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, sin la correspondiente aceptación o la notificación, eso no quiere decir que el reconocimiento de la deuda, hecha en posiciones por el deudor, no pueda aprovechar al cesionario, una vez notificada la cesión. El deudor bien puede pagar al cedente antes de haberse notificado la cesión (artículo 1963 del Código Civil), y librarse de la deuda sin tener en cuenta al cesionario; pero no habiendo verificado el pago y estando pendiente la obligación, la notificación al deudor produjo todos sus efectos contra éste. Ahora, si antes de notificarse la cesión el cesionario carecía de derecho para interrogar en posiciones, cuestión es ésta que debió resolverse en la respectiva diligencia de posiciones, aunque, dicho sea de paso, el derecho para ello lo da la ley al presunto demandante. Bien pudo ser ineficaz para el cesionario la confesión del deudor si no se le hubiera notificado la cesión y entonces habría sido inútil su demanda, pero una vez notificada la cesión, se sustituyó con respecto al deudor, en los derechos del cedente, a quien aprovechaba la confesión del deudor como prueba del crédito cedido.

No incurrió pues el Tribunal en el error que el recurrente apunta ni violó en consecuencia las disposiciones que señala como quebrantadas.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Cali, el veintiuno de mayo de mil novecientos veintinueve, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y seis de mayo de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Al Jurado de calificación reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Pedro Pérez, sindicado de homicidio en la persona de Fermín Vargas, le sometió el Juez de la causa, 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo, el siguiente cuestionario que se transcribe con su contestación:

"¿El acusado Pedro Pérez, mayor de edad y vecino del Municipio de Floresta, es responsable de haber dado muerte, con intención y voluntariamente, a Fermín Vargas, a consecuencia de una herida causada con instrumento cortante y punzante, hecho que tuvo lugar en el establecimiento de licores fermentados de Antonio María Correa, en el centro del mencionado Municipio, entre las cinco y seis de la tarde del veinticuatro de agosto de mil novecientos treinta?"

"Sí, en riña provocada por el occiso y aceptada por el matador."

En desarrollo de ese veredicto, el Juez de la causa impuso al acusado la pena principal de cuatro años y medio de reclusión, dando aplicación al inciso 1º del artículo 602 del Código Penal y después de calificar la responsabilidad en segundo grado.

Apelado ese fallo, el Tribunal de ese Distrito Judicial lo reformó en el sentido de elevar la pena principal a nueve años de reclusión, pues estimó que debía aumentarse la pena por reincidencia, ya que contra el acusado había dos sentencias condenatorias anteriores, la una pronunciada en octubre de mil novecientos veinticuatro, la otra en marzo trece de mil novecientos veinticinco, en las cuales se condenó a Pérez a las penas de dos años de presidio y veintisiete meses de reclusión, respectivamente, como responsable de heridas en ambos casos.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el defensor del condenado, alegando como única causal la primera de las consignadas en el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sea, el ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación y por indebida aplicación de la misma. Como el memorial respectivo satisface los requisitos legales para un estudio de fondo, a él se procede, siendo de advertir que el Procurador amplió los motivos de casación y aun presentó nuevos.

El recurrente sostiene en primer término que la sentencia recurrida violó el artículo 140 del Código Penal, por haberse tenido en cuenta reincidencia sin estar llenadas las condiciones requeridas para tal fin, pues las condenaciones anteriores se refieren a delitos distintos del que ahora se juzga, y para que el fenómeno de la reincidencia se verifique, agrega, "se requiere que una persona vuelva a cometer falta de la misma naturaleza para que se le pueda considerar como reincidente, pues la misma palabra empleada por la ley indica el sentido, pues se dice que reincidir se compone de dos palabras: **re** e **incidir**, volver a caer o incurrir en un error, y que reincidencia es la reiteración de una misma culpa o delito."

Se considera:

No tiene razón el recurrente, porque nuestro Código Penal no se refiere a la reincidencia específica, sino a la genérica; los términos del artículo 140 son muy claros para que pueda buscársele una interpretación distinta. Dice así:

"Para los efectos de este Código, se reputan reincidentes los reos que resulten responsables como autores, cómplices, auxiliadores o encubridores de uno o más delitos, culpas o tentativas que merezcan pena de presidio o reclusión, después de haber sido condenados a dichas penas o a una de ellas por sentencia ejecutoriada, por otro u otros delitos, culpas o tentativas, una o más veces.

"A pesar de la definición contenida en el inciso anterior, no se tienen en cuenta para calificar de reincidente a un reo, los delitos definidos en los artículos 601 a 604, 606 a 608, 613, 617, 626, 660, 661 y 663 a 665; ni los cometidos antes de la vigencia de la Ley 57 de 1887."

Como se ve, este artículo no habla de condenaciones anteriores por delitos o culpas de la misma especie del que nuevamente se juzgue, sino en general de "otro u otros delitos, culpas o tentativas" por las cuales se haya impuesto pena de presidio o de reclusión.

Por otro aspecto, sostiene que se ha violado el artículo 140 mencionado, o sea, en cuanto por el segundo inciso de esta disposición, no se tienen en cuenta para calificar la reincidencia, los delitos definidos en los artículos 601 a 604..." y puesto que en el presente caso, la responsabilidad por el nuevo delito ha quedado comprendida en el artículo 602, es decir, en la excepción, no es el caso de aplicar pena por reincidencia.

El Procurador sostiene la misma tesis fundándose en que el inciso 2º del artículo 140 contempla casos de responsabilidad atenuada por la concurrencia de circunstancias que la modifican, por cuanto en el agente no influyó la perversidad como estigma determinante de la incorregibilidad sino una causa distinta que estimuló el acto y que si no es suficiente en el sistema penal para excusarlo absolutamente, sí lo es de relativa justificación; y apreciada así la cuestión, sería injusto entonces reputar reincidente a quien habiendo cometido con anterioridad un delito que le fue castigado, ejecute un nuevo acto punible en el caso, por ejemplo, de una riña no provocada ni aceptada por él, en la cual se vio envuelto de una manera puramente casual.

Opina, por tanto, el Procurador, que el Tribunal interpretó mal ese artículo 140 del Código Penal, y por consecuencia de esa mala interpretación aplicó indebidamente el artículo 142 ibídem.

Se considera:

Las excepciones establecidas en el inciso 2º del artículo 140 tienen como fundamento la consideración de que quien delinque en esas circunstancias, lo hace impulsado por fuerzas extrañas, y su voluntad al determinarse al hecho criminoso es en cierto modo violentada, de suerte que no es propiamente un instinto perverso lo que inspira el acto delictuoso.

No hay duda que esas excepciones, porque la razón es la misma, tienen valor para no computar reincidencia, ya se trate de las condenaciones anteriores, o ya se trate del nuevo delito que se cometa, y como la responsabilidad en éste, por obra del veredicto del Jurado, correspondió precisamente a uno de esos casos de excepción por ser el artículo aplicable el 602, síguese que el reparo

que en este capítulo de la demanda de casación hacen valer el recurrente y el señor Procurador, es fundado y debe prosperar.

Sostiene además el Procurador que debe casarse el fallo, porque en su sentir la disposición aplicable no es el inciso 1º sino el 2º del artículo 602, en armonía con el numeral 7º del 587.

Son tan parecidos los términos de ambas disposiciones, que francamente es muy difícil, en un caso como éste, saber cuál de las dos sería precisamente la aplicable, con exclusión de la otra. Además, y es esto lo más importante, la casación parcial del fallo por ese aspecto, y aun aceptando que las observaciones del Procurador estuvieran justificadas, no tendría eficacia, ni conduciría a resultado práctico alguno si se tiene en cuenta que en ambos casos la pena es exactamente la misma.

El defensor del condenado, con fundamento en la misma primera causal alegada, presenta un tercer motivo de casación, atacando el grado en que fue calificada la responsabilidad, o sea en el segundo, por estimar que una sola circunstancia agravante, o sea la mala conducta anterior del procesado, que se apreció tanto en la sentencia de primera instancia como en la segunda, no es suficiente para calificar en ese grado la responsabilidad, y en consecuencia señala como violado el artículo 123 del Código Penal.

Se considera:

Como la reincidencia que apreció el Tribunal no es el caso de tenerla en cuenta, como se ha visto, es necesario casar el fallo para dictar en su lugar el que deba reemplazarlo, y al hacerlo, corresponde a la Corte, ya en instancia, estudiar lo relativo al grado en que deba ser calificada la responsabilidad, sobre todo si se aprecia que la sentencia del Tribunal cometió el error de tener como circunstancia agravante la mala conducta anterior del procesado, fundándose en los mismos elementos que le habían servido para aumentar la pena por reincidencia, o sea las condenaciones anteriores pronunciadas contra el acusado.

Descartada esa reincidencia, es necesario examinar qué alcance tienen esas dos condenas anteriores pronunciadas contra el acusado, y la solución la da el artículo 143 del Código Penal cuando dice que las condenaciones anteriores "que no constituyan reincidencia, se reputarán como agravantes de mayor o menor fuerza, según el número y la clase de los delitos cometidos antes."

Como existen dos sentencias condenatorias contra el acusado, dos son por tanto las agravantes suficientes para calificar en segundo grado la responsabilidad; agravantes de mayor fuerza o de especial entidad, comoquiera que se trató de delitos contra las personas, en que se impusieron las penas de presidio y reclusión, todo lo cual establece antecedentes penales, que por su número y clase justifican la calificación en segundo grado de la responsabilidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, casa parcialmente el fallo recurrido y en su lugar resuelve:

Condénase a Pedro Pérez, como responsable de homicidio voluntario en la persona de Fermín Vargas, en armonía con el veredicto del Jurado, dando aplicación al artículo 602 del Código Penal y calificada la responsabilidad en segundo grado, a la pena de cuatro años, seis meses de reclusión, que cumplirá en la Penitenciaría que designe el Gobierno.

En cuanto a las condenaciones accesorias, queda en firme el fallo del Tribunal.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y ocho de mayo de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Con fecha seis de agosto de mil novecientos treinta y uno, el doctor Carlos Bedoya Cajiao presentó ante la Sala de lo Criminal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, acusación contra el señor Foción López por los delitos de injuria y calumnia públicas, con motivo de que el señor López, al discutirse en el recinto de la Asamblea de Nariño, de la que hacía parte, los nombres que debían formar las ternas para Magistrados del Tribunal de Pasto, al referirse al doctor Bedoya Cajiao dijo que era amoral, venal, prevaricador y que vendía las sentencias.

En la declaración que ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto rindió el señor Foción López el cuatro de febrero de mil novecientos treinta y dos, manifestó:

"Es verdad que en mi carácter de Diputado a la Asamblea Departamental, en una de las sesiones de abril del año pasado, en cumplimiento de mi deber y en defensa de la causa pública, hice cargos sumamente graves al Magistrado del Tribunal doctor Carlos Bedoya Cajiao, especialmente por haber intervenido, siendo Magistrado e interesado en la reelección, en una combinación con los Diputados de la minoría y dos miembros de la mayoría, tendientes a que se elija determinada plancha con violación de las leyes que garantizan la representación proporcional de los partidos, naturalmente con mira por parte del Magistrado Bedoya de ser reelegido. Las palabras sobre que se me pregunta no recuerdo haberlas dicho; pero en todo caso yo hice cargos concretos al Magistrado Bedoya, en fuerza de verdad y de justicia. Tales cargos, por los cuales prometí acusar al Magistrado Bedoya, son objeto algunos de ellos de una investigación que se ha estado perfeccionando en la Subdirección de Policía. En esta diligencia no concreté los cargos porque creo no haber necesidad de ello, pero esos cargos constan en una declaración jurada que rendí en la Policía Departamental, en la investigación a que me he referido."

Formalizada la acusación por el apoderado del acusador doctor Bedoya, pidió en ella que se llamara por el Tribunal a responder en juicio por los delitos de calumnia e injuria públicas, definidos y castigados por el Código Penal, desde que aquellos cargos contra el Magistrado Bedoya hechos en "frases expresadas ante numerosa concurrencia por el Diputado Foción López, unas constituyen imputaciones cuya verdad debe demostrarse, desde luégo que por ministerio de la ley, ellas se presumen falsas, en tanto que el acusado no demuestre su verdad; y otras encarnan ofensas hechas a la dignidad, al cré-

dito, al honor, en fin, al patrimonio moral de mi poderdante."

El apoderado de Bedoya Cajiao presentó como pruebas los testimonios de los señores Angel María López, Daniel de la Rosa y Rafael Garcés y la misma confesión del acusado, y después de citar los respectivos preceptos legales, se refiere al artículo 93 del Código Político y Municipal para sostener que si bien los Diputados no son responsables por las opiniones que emitan en el curso de los debates, ello "no quiere decir que estén exentos de ella ni de pena por los cargos que formulan contra los particulares, desde luégo que no puede suponerse siquiera que la inmunidad de los Diputados vaya tanto como a servirles de razón o motivo para tratar de dañar a los demás, al amparo de aquella inmunidad, en lo más sagrado como es el honor, el patrimonio moral. Y en nuestro caso, tan cierto es que no se trata de "simples opiniones," que el propio acusado confiesa que formuló cargos sumamente graves y que se comprometió a demostrarlos."

El Tribunal, por mayoría de la respectiva Sala, acogió la tesis de la acusación y habiendo encontrado la comprobación de los delitos de calumnia e injuria públicas, abrió causa criminal por estos delitos contra el señor Foción López, en auto de fecha veintisiete de febrero del presente año, el cual ha venido en apelación.

El señor Procurador conceptúa que debe revocarse el auto de proceder, y al hacerlo, da entre otras razones las siguientes:

"Si pues el doctor López, al discutir en el seno de la Asamblea los nombres de candidatos para ternas de Magistrados, en cumplimiento de un deber encontró en el proceso de sus convicciones que el doctor Bedoya Cajiao era inconveniente por motivos de moralidad, y se opuso a la elección, y si para oponerse hubo de emitir su opinión y de respaldarla con hechos demostrativos de sus asertos, ejerció una facultad con la libertad plena que le garantiza el artículo 93 citado, y no incurrió en responsabilidad por más que los hechos por él relatados en esa oportunidad, comporten cargos contra el honor y contra cuanto constituya el patrimonio moral del doctor Bedoya Cajiao."

La Corte está de acuerdo con la importante opinión que emite el señor Procurador. En efecto:

Tanto los Senadores y Representantes como los Diputados, para quienes existe el mismo principio consignado en el artículo 106 de la Constitución y 93 del Código Político y Municipal, respectivamente, pueden abusar de la libertad que tienen para emitir sus opiniones en el curso de los debates, lastimando e injuriando el honor y la dignidad de las personas, en la forma más injusta y desprovista de fundamento, como ha sucedido en el presente caso con el doctor Bedoya Cajiao, pues el señor López no ha presentado la menor comprobación en apoyo de los conceptos que lanzó contra aquél. Mas, con todo, esa libertad, sin responsabilidad legal alguna, es necesaria, porque de lo contrario, los miembros de esas corporaciones legislativas podrían sufrir menoscabo en la independencia de que deben gozar al tomar parte en discusiones cuyo éxito, en bien de la comunidad, depende del libre examen.

La irresponsabilidad que consagra el artículo 106 de la Constitución y el artículo 93 del Código Político y Municipal, no puede dársele la interpretación restrictiva que le ha dado el Tribunal; los términos de esas disposiciones son muy amplios para que pueda admitirse esa conclusión; se refieren ellas a que los Senadores y Representantes y los Diputados, en su caso, no son "responsables por las opiniones que emitan en el curso de los debates," y, opinión, según el Diccionario de la Lengua, significa aun "el modo de pensar que alguna persona tiene en un asunto cualquiera." De suerte que la limitación que pretende establecerse, fuera de ser imposible y arbitraria, no tiene apoyo ni en la Constitución ni en la ley.

Por otra parte, si se aceptara la tesis del Tribunal, las disposiciones mencionadas no tendrían objeto, pues cualquiera puede emitir opiniones sin responsabilidad alguna cuando con ello no perjudica o daña a los demás desde el punto de vista civil o criminal.

Uno de los Magistrados del Tribunal de Pasto, el doctor Miguel Angel Alvarez, al salvar su voto en este asunto, consignó los siguientes conceptos que por lo oportunos es conveniente transcribir:

"El privilegio legal dado a los Diputados se funda en razones que el Derecho Público reclama como garantía de las instituciones democráticas, en las que toda cortapisa y restricción sería la negación de la autonomía de estos organismos cuya función social se confunde con la marcha regular del Estado.

"Que se cometan lamentables abusos es cosa distinta, cuestión imputable a la desmoralización de las mismas corporaciones, a la exageración y exaltamiento de las pasiones, y casi siempre a la descalificada estructura moral del que aprovechándose de una causal eximiente de responsabilidad, actúa en forma que no se compadece con la seriedad que debe revestir el depositario del voto popular."

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca el auto apelado y en su lugar **sobresee definitivamente** en favor del señor Foción López, por los cargos por que fue acusado.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Vistos:

Al Jurado de calificación convocado y reunido para decidir sobre la responsabilidad de Juan Suárez por el delito de homicidio cometido en la persona de Rosendo Velásquez, le propuso el señor Juez del conocimiento, 1º Superior del Distrito Judicial de San Gil, el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Juan Suárez es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente y con intención de matar a Rosendo Velásquez, por medio de cuatro heridas causadas con arma de fuego (revólver), y cinco inferidas con instrumento contundente, y varios otros

maltratos y lesiones; las cuatro primeras, todas en la cabeza y de carácter mortal; acontecimiento perpetrado en la noche del ocho de febrero del corriente año, en el sitio de **Cantarrana**, a inmedaciones de la población de Confines?"

"Sí," contestó el Jurado.

Sobre este veredicto pronunció sentencia el Juzgado, con fecha veinte de octubre de mil novecientos treinta y uno, condenando a Suárez como autor de homicidio voluntario, calificada su delincuencia en segundo grado, y con la disminución de que trata el artículo 124 del Código Penal, a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias legales correspondientes.

Apelado el fallo para ante el Tribunal de San Gil, éste, por sentencia de veinticinco de noviembre del año próximo pasado lo confirmó en todas sus partes.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido y enviado el expediente a esta Sala, en donde, surtida la tramitación que le es propia, se procede a resolverlo, teniéndose en cuenta para ello lo que dice el señor Procurador y lo que expone el recurrente en el escrito en que ocurrió en casación ante el Tribunal; pues en el traslado que le fue concedido en este Despacho, no presentó alegación alguna.

Invocando los artículos 1º y 3º de la Ley 78 de 1923, dice el defensor del sentenciado que funda el recurso:

"1º En ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta, y por haber aplicado una disposición distinta a la que correspondía aplicar.

"2º No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

"3º Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto fue dictada sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley."

Empieza el recurrente por sostener la tercera de las causales enumeradas, y dice que la apoya en las siguientes razones:

"Apoyo la causal marcada con el número 3º, en las siguientes razones:

"El artículo 47, Ley 169 de 1896, establece que el Juez debe formular el interrogatorio que va a someter al Jurado, con sujeción al auto de enjuiciamiento, con las circunstancias allí determinadas. El auto de enjuiciamiento formuló a Juan Suárez el cargo de ser responsable del homicidio causado en riña. Luego el interrogatorio tenía que formularse en esos términos. Como tal interrogatorio fue formulado de manera diversa, omitiendo la circunstancia de la riña, reconocida en el enjuiciamiento, se sigue que está contra ley expresa; que el señor Juez no tenía facultad legal para omitir aquella circunstancia, y al hacerlo, sometió a la consideración del Jurado un hecho en circunstancias distintas de las contempladas en el auto, base del debate; el Juez estaba inhabilitado para hacer más gravosa la condición del procesado; ejercitó una jurisdicción que no tenía contra una disposición de orden público, lo que entraña nulidad sustancial; hay incompetencia de jurisdicción, artículo 264, Ley 57 de 1887, número 1º"

Se considera:

El hecho de haber formulado el Juez del conocimiento, en el presente caso, el interrogatorio que le presentó al Jurado, sin incluír en él la circunstancia de la riña a que se refiere el recurrente, no puede constituír en ningún caso la incompetencia del Juez de que trata el numeral 1º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, como causal de nulidad. Allí mismo se expresa de qué incompetencia se trata, por el aspecto de la jurisdicción, cuando ésta es improrrogable. Y bien se echa de ver, con toda claridad, que no por dejar de incluír un Juez Superior en un caso determinado una determinada circunstancia en el cuestionario respectivo, puede afirmarse que dejó de ser competente para conocer del negocio por falta de jurisdicción, ya que precisamente está obrando dentro de la amplitud de ésta, pues para los casos como el presente es, entre otros, para lo que es competente, según la ley, el Juez Superior. El recurrente confunde aquí notoriamente la incompetencia del Juez por falta de jurisdicción improrrogable (que no existe ni por asomos), con la manera como se formuló el cuestionario, asunto al cual se refiere el inciso 2º del artículo 310 de la Ley 57 de 1887.

Pero debe observarse que en este caso concreto tampoco estaba el Juez obligado a presentar el cuestionario como lo insinúa el recurrente, mejor dicho, que el cuestionario estuvo bien formulado, porque el llamamiento a juicio se hizo conforme a la ley, pues lo relativo a la riña, a que se alude en el auto de proceder, es sumamente vago, cuando se expresa "que como resultado de la lucha o riña que hubo la memorada noche, Juan Suárez resultó con una herida producida con instrumento cortante y punzante." Es decir, que ni se expresa siquiera con quién fue la riña ni quién fue el heridor, y ello acaso porque, precisamente, el occiso Velásquez intervino en la forma más mediadora y pacífica para que Suárez no siguiera la pugna o la lucha con los Molinas, y porque tampoco aparece nítidamente establecido en autos que Velásquez fuera el autor de la herida con que apareció aquél.

Lo anteriormente considerado sirve al propio tiempo para manifestar que carece también de razón el recurrente en cuanto a la segunda causal enunciada, o sea no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; porque si los cargos allí consignados no están hechos en las circunstancias absolutamente favorables y modificativas que pretende el defensor del sentenciado, sino simplemente bajo la denominación genérica de homicidio sin atenuaciones—por más que se haya hablado incidentalmente y sin importancia, se repite, de riña, lo que no altera la sustancia del llamamiento a juicio—es indudable que los juzgadores de instancia, al pronunciar su sentencia, no han hecho otra cosa que acomodarse en ésta, de acuerdo con el veredicto del Jurado, al auto de proceder. Y para que se vea más claramente, si cabe, que esto es así, se transcribe en seguida lo que al respecto expone el señor Procurador, ampliando la causal mencionada, ya que el recurrente, al intentar fundamentarla, es nada lo que alega sobre el particular:

"De las causales invocadas y alegadas por el defensor de Juan Suárez—dice el Procurador—al interponer el recurso de casación contra la sentencia que condenó al procesado a la pena de ocho años de presidio por homicidio perpetrado en la persona de Rosendo Velásquez, sólo hay una que está sustentada en una por lo menos aparente razón fundamental: es la de estar la sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder. Porque si en este auto se formuló el cargo de

homicidio cometido en riña, y luégo la sentencia condenó por homicidio voluntario, sin tener en cuenta la riña como circunstancia modificativa, evidentemente existiría el motivo fundamental de la causal invocada.

"Por esa razón que, como dije, es apenas aparente, pierde toda su fuerza, si se considera que la circunstancia de la riña no es, en este caso, modificativa del delito de homicidio simplemente voluntario por que se condenó, y no siéndolo, no había para qué tenerla en cuenta en la sentencia. Esta pudo dictarse sin hacer mérito de ella; pues así se llegaba al mismo resultado de la condenación por homicidio simplemente voluntario, con aplicación del artículo 600 del Código Penal que se le hubiera mencionado. Con mayor razón si se atiende a que el Jurado no hizo modificación ninguna en su veredicto.

"Y no es modificativa en este caso, porque habida consideración de la manera como pasaron las cosas al ejecutarse el acto, se comprende que éste fue ejecutado efectivamente en una riña provocada por el matador, por medio de una agresión inmotivada, tanto más inmotivada cuanto que la intervención de Velásquez cuando Suárez le dio un puñetazo, fue pacífica y reveladora del deseo de que dicho Suárez no fuera a pelear con aquellos a quienes seguía. Lo que él quiso entonces no fue repeler a aquel de quien temía algo, sino quitarse de en medio un estorbo para cumplir su propósito de ir contra los otros.

"El Código Penal trae como circunstancia modificativa la del artículo 600, en el caso de cometerse el homicidio en riña promovida por el que murió para que el otro la provoque. Como se vio, el caso no es este. Trae también el caso del artículo 603, que ocurre cuando el homicidio se comete en una riña no provocada ni aceptada por el agresor, en la cual éste se vio envuelto de una manera puramente casual. Mucho menos es este el caso de autos. Y trae el caso de la circunstancia 7ª del artículo 587, no como modificación, sino como caso de homicidio simplemente voluntario, cuya sanción puede atenuarse de acuerdo con el inciso 2º del artículo 602, siempre que sea en condiciones que lo hagan menos grave, y que se caracteriza cuando el homicidio se comete por causa de una riña provocada por el que murió. Esto no acontece tampoco aquí.

"Aparte de estos casos de homicidio en riña, no hay otros en el tratado de los homicidios, y como se ve, ninguno de ellos se refiere a aquel en que el acto se ejecuta en riña provocada por el matador, salvo el del artículo 602, que requiere como circunstancia previa a la provocación que el occiso haya promovido la riña.

"Si el caso que se estudia no está, pues, comprendido en ninguno de aquellos, la circustancia de la riña en nada modifica el hecho cometido por Suárez, ni puede atenuarle su responsabilidad, y antes bien, el haber provocado él la riña de una manera injustificada mediante una agresión grave y después dádole muerte a su agredido, viene a presentar su acción con caracteres de mayor gravedad."

En último término trata el recurrente la primera causal aducida por él, esto es, la de que la sentencia es violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta, y por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar, y manifiesta al respecto, en síntesis, que se aplicó mal el artículo 600 del Código Penal; pues en su concepto el procedente era el 605 de la misma obra, porque Suárez mató en el acto en que se sintió herido gravemente. También expresa que no se ha debido calificar la delincuencia en segundo grado, teniendo en cuenta la circunstancia agravante de la sevicia, en que se basaron los juzgadores de instancia, comoquiera que la que a ésta correspondía analógicamente, según el artículo 117 del Código Penal, no es la simple crueldad, sino la mayor crueldad que, a su parecer, no existe en autos.

Se considera:

En lo tocante a la primera parte de lo alegado, habiéndose visto ya que el llamamiento a juicio estuvo legalmente hecho, que el cuestionario presentado al Jurado estuvo bien formulado, y que la respuesta de éste contempla el caso de un homicidio voluntario sin especial atenuación, sea que se incluya o nó la riña en referencia, pues ella no modifica en nada la simple voluntariedad del homicidio, conforme a la realidad informativa, es indudable que se imponía la aplicación del artículo 600 y no la del otro, pues no hay fundamento alguno para esa otra aplicación. Pero aun admitiendo en gracia de discusión que así no fuere lo que aquí habría que demostrar, dadas las circunstancias como se presentan los hechos, sería la injusticia notoria del veredicto, causal que no ha sido invocada, ni menos aun sustentada, por lo cual no se puede entrar siquiera a considerar.

Y por lo que hace a la circunstancia agravante de la sevicia, claramente deducida por analogía, es incuestionable que ella existe debidamente acreditada, no en forma de simple crueldad, sino de mayor crueldad, porque así lo están demostrando las constancias acerca de la manera como los hechos tuvieron lugar. En efecto, a pesar de haber causado Suárez a su víctima varios disparos con arma de fuego, persistió en inauditas violencias en los momentos en que Velásquez, postrado y absolutamente indefenso, no podía representar para aquél el más ligero peligro. En estas circunstancias lo cubrió literalmente de pedradas, con las cuales le causó múltiples traumatismos y contusiones, como lo expresan las diligencias de reconocimiento. Y es que, como dice el señor Procurador, "causa una repugnante y cruel impresión el considerar que un hombre, después de tener a su vicitima en el suelo, agonizante e indefensa, sin que por esto ofrezca peligro para el victimario, tenga la sangre fría de apedrearla bárbaramente hasta causarle heridas, como la que le hundió el cráneo. Si esto no constituye una agravante semejante a las específicas del artículo 117, y a que se refiere el 119, yo no sé cuál hecho pueda constituírla, ni cuándo pueda aplicarse este artículo."

A lo anterior no está por demás agregar que en este caso se justifica plenamente la calificación en segundo grado, porque, como lo tiene resuelto la Sala en casos análogos, concurre aquí de otro lado la circunstancia agravante de la mayor frecuencia de los delitos de sangre en la región en que se cometió el hecho. De suerte que hay pluralidad de circunstancias agravantes.

Vistas las consideraciones que preceden, netamente se llega a la conclusión de que no hay base para casar la sentencia recurrida, la cual, por lo mismo, debe mantenerse firme.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido objeto del recurso.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Al Fiscal del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, remitió esta entidad la siguiente resolución:

"El Tribunal Administrativo de Tunja,

Considerando:

"1º Que la Ordenanza número 31 de 1930, en su artículo 17, inciso 4º, dice: 'Los puestos para médicos escolares como para médicos legistas, serán provistos por concurso, que será reglamentado por el Gobierno.

"2º Que el doctor Luis F. Reyes Llaña, en su carácter de Gobernador de este Departamento, dictó el Decreto número 501 de fecha diez y nueve de octubre último, por medio del cual nombró Médico Legista de la Zona del Centro al doctor Manuel Ignacio Ruiz, en reemplazo del doctor Eliecer B. Espinel.

"3º Que el mencionado doctor Espinel, considerándose agraviado en sus derechos civiles, demandó en este Tribunal la nulidad y la suspensión del referido decreto.

"4º Que el Magistrado sustanciador, en auto de dos de noviembre del presente año, admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto acusado, suspensión que oportunamente le fue comunicada al señor Gobernador como consta de la nota de recibo que aquel funcionario dirigió al Tribunal el día nueve de noviembre último.

"5º Que el mismo día en que el señor Gobernador tuvo conocimiento de la suspensión aludida, dictó el Decreto número 529 de siete de noviembre, nombrando al mismo doctor Ruiz, Médico Legista de la misma Zona del Centro, Decreto que también ha sido demandado ante esta corporación;

"6º Que este raro proceder de la primera autoridad política del Departamento encarna una burla manifiesta a las decisiones de la corporación que, de acuerdo con la Constitución y la ley, es la encargada de administrar justicia en el ramo administrativo.

"7º Que si el Tribunal aceptara, aunque fuera tácitamente, la forma artificiosa que se ha empleado para desconocer sus decisiones, sentaría un funesto precedente para la administración de justicia.

"8º Que actuaciones como la que queda apuntada están sancionadas en el Código Penal, en sus artículos 485, 486, 516, 545, y especialmente en el inciso 2º del artículo 564 de la misma obra; y

"9º Que es un deber de este Tribunal velar en todo caso por el respeto y acatamiento que merecen sus determinaciones,

"Resuelve:

"Autorízase al señor Fiscal de esta corporación para que a la mayor brevedad, y documentándose convenientemente, inicie ante la Corte Suprema de Justicia la acusación a que el señor Gobernador del Departamento se ha hecho acreedor por su insólito proceder.

"El Presidente, **Ulises Rojas**—El Magistrado, **Ramón Castillo C.**—El Magistrado, **Eucinio Riaño**—El Secretario, **Julio V. Ojeda.**"

En desarrollo de este acuerdo y con la documentación que estimó necesaria, el Fiscal mencionado se dirigió al señor Procurador con el fin de que por su conducto se investigara la responsabilidad que pudiera caberle al Gobernador de ese Departamento, doctor Luis F. Reyes Llaña con motivo de los hechos anotados. El Procurador envió la documentación a esta Sala, opinando en vista de fecha marzo once del presente año, que "se abriera investigación criminal para averiguar si el doctor Luis F. Reyes Llaña, en su carácter de Gobernador del Departamento de Boyacá, ha incurrido en alguna responsabilidad por los hechos de que lo acusa el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Tunja, en resolución motivada de cinco de diciembre del año pasado."

Al mismo tiempo solicitó ese alto funcionario que se practicaran algunas diligencias con el objeto de perfeccionar la instrucción sumaria, y obtenido éste y el informe que se pidió al doctor Reyes Llaña, y oído el concepto de fondo del Procurador, quien opina que debe pronunciarse sobreseimiento, la Sala procede a resolver lo que sea del caso.

La Ordenanza número 31 de 1930, expedida por la Asamblea de Boyacá, dispuso en su artículo 17 lo siguiente:

"Artículo 17. Desde el primero de julio del presente año habrá cuatro Médicos Escolares y Legistas para el servicio del Departamento, con un sueldo mensual de doscientos pesos como Escolares y de cien pesos como Legistas, cada uno.

"Estos Médicos no tendrán residencia fija, ni podrán prestar servicios profesionales en consultorio privado o en establecimiento de farmacia.

"El Gobierno reglamentará las zonas dentro de las cuales deben practicar visitas y demás obligaciones a su cargo. También habrá dos Médicos Legistas con sueldos de ciento cincuenta pesos, en la capital del Departamento, con las funciones que tienen actualmente.

"Los puestos para Médicos Escolares como para Médicos Legistas serán provistos por concurso, que será reglamentado por el Gobierno."

En desarrollo de esa Ordenanza, el entonces Gobernador de ese Departamento, doctor Silvino Rodríguez, por medio del Decreto 251 de siete de junio de ese mismo año, reglamentó lo relacionado con el concurso, en el artículo 10, así:

"Los médicos que fueren favorecidos en el concurso, serán nombrados en propiedad para el ejercicio de sus empleos cuyas plazas se trata de llenar."

En tal virtud y por haber resultado vencedor en dicho concurso el doctor Eliecer B. Espinel, le fue adjudicado por Decreto 384 de ocho de agosto de mil novecientos treinta, el segundo puesto de médico legista del Departamento,

Así las cosas, venía el doctor Espinel ejerciendo sus funciones cuando fue reemplazado por el Gobernador doctor Reyes Llaña, según el siguiente Decreto:

"DECRETO NUMERO 501 DE 1931

"(octubre 19)

"por el cual se hace un nombramiento en propiedad.

"El Gobernador del Departamento,

"en ejercicio de sus atribuciones legales,

"decreta:

"Nómbrase Médico Legista de la Zona del Centro, al doctor Manuel Ignacio Ruiz, en reemplazo del doctor Eliecer B. Espinel, quien pasa a ejercer el cargo de Médico de la Primera Zona Escolar.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Tunja, a diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y uno.

"Luis F. Reyes Llaña—El Secretario de Gobierno, Nicolás Torres N."

El doctor Espinel demandó ese Decreto ante el Tribunal de lo Contencioso para que se declarara su nulidad por violar la Ordenanza número 31 de 1930, y solicitó al mismo tiempo la suspensión. El Tribunal, con fecha noviembre dos del mismo año de mil novecientos treinta y uno, admitió la demanda y suspendió provisionalmente el Decreto acusado.

Con fecha siete del mismo mes y año, el Tribunal comunicó al Gobernador por medio del oficio número 352, esa suspensión provisional; quien acusó recibo en la siguiente forma:

"República de Colombia—Departamento de Boyacá. Gobernación—Número 526—Tunja, 9 de noviembre de 1931.

"Señor Presidente del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo del Departamento—En su Despacho.

"Tengo el honor de acusar a usted recibo del atento oficio número 352, de fecha 7 de los corrientes, en que se sirve comunicar que por auto de fecha 2 de los mismos, fue suspendido provisionalmente el Decreto número 501, de fecha 19 de octubre último, expedido por la Gobernación, providencia de la cual ha tomado atenta nota este Despacho, para los fines consiguientes.

"De usted atento servidor,

"Luis F. Reyes Llaña"

El mismo día en que se comunicaba al Gobernador la suspensión mencionada, expidió este otro Decreto:

"DECRETO NUMERO 529 DE 1931

"(noviembre 7)

"por el cual se hace un nombramiento.

"El Gobernador del Departamento,

en ejercicio de sus atribuciones legales,

"decreta:

"Habiendo renunciado el doctor Eliecer B. Espinel el cargo departamental de Médico Escolar Legista de la Zona 1ª, a la que fue promovido, se nombra al doctor Manuel Ignacio Ruiz Médico Legista de la Zona del Centro.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Tunja a 7 de noviembre de 1931.

"Luis F. Reyes Llaña—El Secretario de Gobierno, Nicolás Torres N."

El nuevo decreto fue a su vez acusado por el doctor Espinel ante el Tribunal de lo Contencioso, el cual dispuso aceptar la demanda y ordenar la suspensión, de acuerdo con lo pedido, en autos de fechas noviembre doce y veintiséis de mil novecientos treinta y uno; suspensión que le fue comunicada al Gobernador con fecha primero de diciembre del mismo año, quien acusó recibo por medio del siguiente oficio:

"República de Colombia—Departamento de Boyacá. Gobernación—Número 589—Tunja, 9 de diciembre de 1931.

"Señor Presidente del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo—En su Despacho.

"Tengo el honor de avisar a usted recibo del atento oficio número 363, de fecha 1º de los corrientes, en que se sirve comunicar que ese honorable Tribunal, por auto de 26 de noviembre último ha suspendido provisionalmente los efectos del Decreto número 529 de 7 del mismo mes de noviembre, expedido por la Gobernación, por el cual se nombra al doctor Manuel Ignacio Ruiz Médico Legista de la Zona del Centro, providencia de la cual ha tomado atenta nota este Despacho para los fines ulteriores.

"Luis F. Reyes Llaña,
"Gobernador de Boyacá."

Se sostiene como cuestión capital por parte del Procurador y del doctor Reyes Llaña, que siendo tales Médicos agentes inmediatos de la Administración Departamental, son de libre nombramiento y remoción de los Gobernadores, de acuerdo con el artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910 (ordinal 2º, y 127 del Código de Régimen Político y Municipal).

La tesis no puede aceptarse en forma tan absoluta, porque la misma Constitución, en el artículo 62, establece que bien puede la ley determinar "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos," y en desarrollo de este precepto constitucional, la Asamblea de Boyacá fijó los requisitos y condiciones en que podían ser designados los Médicos Escolares y Legistas, o sea por concurso. Al efecto: estableció la Ordenanza número 31 de 1930, artículo 17:

"Los puestos para médicos Escolares como para Médicos Legistas, serán provistos por concurso," Ordenanza que reglamentó y cumplió el Gobernador, doctor Silvino Rodríguez, ya que, de acuerdo con lo que dispone la misma Constitución, artículo 57 del Acto legislativo número 3 de 1910, "las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescriba la ley."

De suerte que la designación de los Médicos de que se viene hablando no era tan libre, estaba sometida a determinadas condiciones, que autoriza la misma Constitución.

El señor Procurador y el Gobernador doctor Reyes Llaña sostienen, además, que el artículo 17 de la Ordenanza número 31 de 1930, fue derogado por el artículo 13 de la Ordenanza número 14 de 1931, y al mismo tiempo

reemplazado por el artículo 12 de esta última, que autorizó al Gobernador para nombrar libremente el personal de Médicos Legistas y Escolares.

Esta Ordenanza, número 14 de 1931, trata de varias materias, se compuso de micos, como se dice en la práctica legislativa. El artículo 12 de ella, dice:

"Desde el 1º de septiembre próximo, los servicios de Medicina Escolar se prestarán separadamente de los de Medicina Legal; el Gobierno dictará la reglamentación de esos servicios, señalando el personal y su radio de jurisdicción y atribuciones, y abrirá los créditos a que hubiere lugar."

Esta disposición, como se deduce de su texto, tuvo por objeto separar en todo el Departamento los servicios de Medicina Escolar y los de Medicina Legal, pero dejando vigente lo demás; pues si bien el artículo 13 dispuso que quedaban anuladas todas las disposiciones anteriores sobre el particular, y el particular de que trata esa Ordenanza fueron varios y distintos objetos, como ya se vio, esa nulidad tuvo que referirse a disposiciones incompatibles con las nuevas, mas no a las que hasta cierto punto eran necesarias para el completo y eficaz cumplimiento de las últimas, y que lejos de contradecirse se armonizaban entre sí.

Es claro que esas nuevas disposiciones necesitaban reglamentación; pues por consecuencia de la división de servicios médicos, se imponía señalar o distribuír el personal y el lugar o lugares donde debían ejercer sus funciones.

El mismo Gobernador, doctor Reyes Llaña, entendió que esa última Ordenanza no le había dado facultad de nombrar directa y libremente esos Médicos, como se deduce del Decreto que la reglamentó, expedido por él, con fecha noviembre treinta de mil novecientos treinta, y según el cual, esa clase de puestos, por lo menos los de Médicos Legistas, debían proveerse por concurso.

Más aún, aceptando la tesis del señor Procurador y del doctor Reyes Llaña, o sea que en su concepto la Ordenanza número 14 de 1931 le concedió libertad completa al último para nombrar los Médicos Escolares y Legistas, sin someterse a concurso, y aun aceptando que el Gobernador hubiera tenido facultad para remover libremente, como consecuencia, al doctor Espinel, o para cambiarlo por otro, tal interpretación no justifica por ningún motivo el desobedecimiento a las providencias del Tribunal de lo Contencioso, en que se ordenó suspender el Decreto ya conocido y transcrito anteriormente.

La jurisdicción contencioso administrativa, dice en el artículo 1º de la Ley 130 de 1913:

"Tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o de los empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley."

Y el artículo 111 de esa misma previsión legislativa, dice:

"Son anulables, como las ordenanzas de las Asambleas Departamentales, los decretos y demás actos de los Gobernadores contrarios a la Constitución, a las leyes o a las ordenanzas, o lesivos de derechos civiles."

En desarrollo de estas disposiciones, el Tribunal de lo Contencioso seguramente estimó que tenía jurisdicción para conocer de la demanda presentada por el doctor Espinel, y para ordenar la suspensión del Decreto número 501, de 19 de octubre de 1931. Si el respectivo Magistrado que tal cosa dispuso se equivocó, y cometió un error, bien había podido el doctor Reyes Llaña ejercitar los recursos naturales que la ley le concede, para tratar por lo menos de evitarlo y defender sus puntos de vista, lo que no intentó en forma alguna; mas ni la Constitución ni la ley lo autorizan para resolver por sí y ante sí que, habiéndose equivocado el Tribunal mencionado, podía desobedecer, dejar de cumplir y sustraerse a la ejecución de sus decisiones. Si tan extraña doctrina se aceptara, la autoridad y eficacia de esa jurisdicción quedarían menospreciadas, el orden jurídico quedaría subvertido y con él la seguridad social, y tan fatales consecuencias no pueden pasar inadvertidas para un jurisconsulto y mandatario de la talla del doctor Reyes Llaña.

Que el Gobernador estuviera obligado a respetar lo resuelto por el Tribunal de lo Contencioso, no implica, como lo anota el señor Procurador, el reinado de la arbitrariedad y el vasallaje de uno de los poderes públicos en favor del otro, porque la jurisdicción contencioso administrativa, dentro de nuestra organización constitucional, no constituye un poder distinto a semejanza del Judicial, del Legislativo o del Ejecutivo; constituye apenas le justicia administrativa, dice Barthelemy, citado por la distinguida comisión del Senado que informó sobre esta materia, compuesta por el General Rafael Uribe Uribe y el doctor Antonio José Cadavid, no una desmembración de la jurisdicción judicial. Es el órgano jurisdiccional con que el Poder Ejecutivo impone a la Administración el respeto del Derecho. Los Tribunales administrativos no arrebatan el papel de la autoridad judicial, son una de las formas en que se manifiesta el ejercicio de la autoridad administrativa. Puede decirse que, en el hecho, los tribunales administrativos son, respecto de los actos y decisiones administrativas, lo que las Cortes de apelación para las decisiones de los tribunales inferiores.

"Creemos que estas observaciones, continúa diciendo esa Comisión, hacen entender cómo es de necesidad en toda buena organización pública el establecimiento de una jurisdicción encargada de decidir las controversias muy frecuentes que pueden ocurrir entre la administración y los individuos. Pueden los actos de la primera lesionar los derechos de los segundos, y para que se cumpla la justicia y se salve el derecho, que es el gran fin de la vida social, es preciso que se instituya una jurisdicción. Y como ésta, según se ha visto, no debería ser la jurisdicción civil, la que ejerce el Poder Judicial propiamente dicho, por virtud del principio elemental en que se funda la separación de los poderes, debe admitirse la necesidad de la jurisdicción contencioso administrativa."

El señor Gobernador doctor Reyes Llaña, al recibir el oficio del Tribunal en que se le comunicaba la suspensión de su Decreto número 501, no hizo el menor reclamo, ni ejercitó los recursos que le concede la ley para defenderlo; muy al contrario, le contestó que había tomado atenta nota de esa resolución, y la atención consistió en acudir al procedimiento nada serio de expedir otro decreto de la misma índole, alcance y extensión del primero, como si con el solo cambio material de un decreto por otro todo quedara satisfactoriamente solucionado. El segundo decreto, como ya se vio, fue también

suspendido, suspensión que también fue desobedecida, lo cual pone de manifiesto, y establece no sólo la intención sino el elemento "a sabiendas," que consigna el inciso 2º del artículo 564 del Código Penal, y que dice:

"En las mismas penas incurrirá el funcionario o empleado público que, á sabiendas, procediere a cumplir y llevar a efecto alguna determinación suspendida legalmente o revocada por competente autoridad."

El hecho que prevé esta disposición aparece, en virtud de todo lo expuesto anteriormente, comprobado en sus elementos materiales, cuerpo del delito, y morales, responsabilidad, lo que reclama el enjuciamiento, en armonía con lo que disponen los artículos 1627 y 1819 del Código Judicial.

No está por demás advertir, para contestar al señor Procurador, que de los autos no aparece que el Tribunal de lo Contencioso haya sostenido que quien gana un puesto por concurso, tiene derecho de permanecer en él a perpetuidad; apenas ese Tribunal admitió la demanda y ordenó la suspensión previa, sin que en manera alguna hubiera tenido ocasión de examinar esa cuestión, la cual es ajena al estudio que corresponde a esta Sala de la Corte.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, apartándose del concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, abre causa criminal de responsabilidad por los trámites extraordinarios contra el Gobernador de Boyacá, doctor Luis F. Reyes Llaña, por haber cumplido y llevado a efecto los Decretos números 501 y 529, de fecha octubre 19 y noviembre 7 de 1931, no obstante haber sido suspendidos por el Tribunal Administrativo de Tunja, en providencias de fechas 2 y 26 de noviembre de aquel mismo año, lo que está definido y sancionado como delito en el Libro II, Título X, capítulo VIII, del Código Penal, y que lleva por mote "abuso de autoridad." El acusado debe rendir el informe prescrito por el artículo 1895 del Código Judicial, debiéndosele entregar oportunamente los autos para tal fin. Por la Secretaría fórmese el índice de este expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y cúmplase.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Conoce la Sala del presente asunto en virtud de consulta de la sentencia que con fecha veintitrés de febrero del corriente año dictó el Consejo de Guerra ordinario, reunido en Santa Marta, para resolver sobre la responsabilidad del Cabo 1º Antonio María Novoa, por el delito de homicidio por el cual se le enjuició. Tal sentencia condena al encausado "como autor, dice, del delito involuntario de homicidio, perpetrado en la persona del soldado Néstor Angulo, a sufrir la pena de un año de reclusión militar y demás penas accesorias, en la Penitenciaría de Ibagué."

Surtida en este Despacho la tramitación señalada en el artículo 113 de la ley de "justicia militar," marcada con el número 84 de 1931, se procede a resolver lo que fuere legal.

Desde luégo debe observarse en qué forma tan jurídicamente deficiente se dictaron tanto el auto de proceder como la sentencia consultada; pues en el primero ni siquiera se transcribió el concepto del Auditor General de Guerra, sino que apenas se limitó a obrar de conformidad con él, sin aludir ni aun ligeramente á los elementos morales y materiales del hecho imputado, a las circunstancias en que se realizó, etc., y en cuanto al fallo del Consejo, aparte de que el cuestionario está notoriamente mal formulado, pues no se refiere en forma alguna a la manera como se desarrolló el hecho; no dice aquel fallo en virtud de qué se condena al acusado a la pena de un año de reclusión, es decir, no cita disposición penal sustantiva ninguna, ni gradúa la delincuencia, ni expresa las penas accesorias.

Pero sean cuales fueren tales deficiencias, debe procederse a la revisión de la precitada sentencia, cuya consulta se ha ordenado, sin que en este caso sea posible a la Sala, de acuerdo con el artículo 112 de la Ley "de justicia militar," variar la calificación hecha por el Consejo de Guerra, respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado, y debiendo resolver solamente, con carácter de tribunal de derecho, en cuanto a la aplicación de la pena.

No puede desconocerse que el veredicto del Consejo es afirmativo de la responsabilidad del encausado, pues así se desprende de la respuesta dada por la mayoría de sus miembros, tres de los cuales contestaron la cuestión propuesta de la siguiente manera:

"Sí, involuntariamente."

Esto mismo está diciendo que no es posible aceptar la tesis del señor defensor del sentenciado, cuando intenta situar el caso de éste dentro del artículo 614 del Código Penal, porque si la mayoría contestó como se deja expresado, y dos de los Vocales respondieron situando el mismo caso dentro de tal artículo 614, es obvio que ello se debió a que aquella mayoría no quiso aceptar el referido punto de vista, sino colocar al encausado en otro aspecto de responsabilidad.

Ahora bien: este otro aspecto no puede ser sino el del artículo 613 del Código Penal, indicado también por el señor Procurador; porque no puede negarse que hubo por parte de Novoa cierta imprudencia y aun imprevisión, ya que si él no carga el arma como la cargó, no se pone a hacerla funcionar para revisar el mecanismo y examinar el seguro sin necesidad, puesto que no había razón ninguna urgente e inmediata para hacerlo, sino que, por el contrario, la deja en poder de la persona a quien correspondía, sin apuntar ni moverla sin objeto, en la forma en que lo hizo (por más chancera que ésta se suponga), acaso no se hubiera salido el disparo, porque acaso también no se habría aflojado el mecanismo del fusil en la forma en que se aflojó para que el disparo se produjera. Esto es lo que expresa la realidad informativa conforme a las constancias de autos, y esto y no otra cosa es, igualmente, lo que traduce el veredicto del Consejo de Guerra. En estas circunstancias, es inobjetable que la disposición infringida, de acuerdo con tal veredicto, es el prenombrado artículo 613, según el cual. la pena que debe corresponder al encausado es la de seis meses de reclusión, calificada su delincuencia en el menor grado, porque no hay motivo para calificarla en otro, ya que no aparecen circunstancias agravantes

en su contra, y sí lo favorecen, en cambio, varias atenuantes, tales como ser el primer delito, su buena conducta anterior, el haber confesado espontáneamente, etc.

De conformidad, pues, con la última parte del artículo 115, esta Sala puede aplicar la pena que corresponde en este caso, en armonía con el veredicto del Consejo. La pena en cuestión es a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, junto con las accesorias legales consiguientes.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma la sentencia consultada, en el sentido de condenar, como en efecto condena, al Cabo 1º Antonio M. Novoa, por el delito por que fue llamado a responder en juicio, de acuerdo con el veredicto afirmativo del Consejo de Guerra, previa calificación de su delincuencia en el menor grado y con aplicación del artículo 613 del Código Penal, a la pena principal de seis meses de reclusión militar, que sufrirá en el lugar designado, y a las accesorias de pérdida de todo empleo público y de toda pensión, privación perpetua de los derechos políticos, y a la consiguiente de que trata el artículo 130 de la Ley 84 de 1931.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Al Jurado de calificación reunido para decidir sobre la responsabilidad de Valentín Bran, por homicidio (parricidio), en la persona de su mujer legítima, Clementina Trujillo, el Juez Superior de Neiva le sometió el siguiente cuestionario, que se transcribe con su contestación:

"¿El acusado Valentín Bran es responsable de haberle dado muerte, voluntariamente, a su mujer legítima Clementina Trujillo, estrangulándola con el cabestro de una mochila que portaba la propia víctima, y prevalido de su superioridad física, de la indefensión en que se hallaba la Trujillo y la soledad del sitio en que la acometió; lo cual ocurrió en el paraje de **Corcovado**, de la jurisdicción del Municipio de Carnicerías, el veintidós de diciembre de mil novecientos treinta?"

"El Jurado resuelve:

"Sí, pero en el momento de recibir una ofensa grave, y sin premeditación."

En desarrollo de ese veredicto, y con aplicación del artículo 615 del Código Penal, el Juez impuso al acusado la pena fija de veinte años de presidio, junto con las respectivas accesorias, lo cual fue confirmado por el Tribunal con fecha diez y nueve de diciembre del año próximo pasado.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el condenado, el cual fue fundado ante esta Sala por el defensor de Bran, quien ha invocado como causales la primera y cuarta de las señaladas por el artículo 1º de la Ley 118 de 1931, o sea el ser la sentencia violatoria de la ley penal, y estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Los argumentos que presenta el recurrente para ambas son unos mismos, es decir, no los estudia separadamente, y por tanto lo que se diga de la una es aplicable a la otra.

El recurrente hace un análisis de la personalidad del procesado, estudia las pruebas de cargo que existen en el proceso, y se refiere principalmente a la confesión del mismo, para concluír que, no existiendo sino esta prueba acerca de la responsabilidad, ella debe aceptarse en lo que perjudica al acusado, y también en lo que lo favorece.

Esas alegaciones son hasta cierto punto innecesarias, si se tiene en cuenta que no tratándose aquí de injusticia notoria, y no estando sometido el Jurado a tarifa legal de pruebas en sus apreciaciones, está por demás estudiar ahora el valor, alcance o calidad de las que existen en el proceso acerca de la responsabilidad, y en las cuales se haya basado el Jurado al pronunciar su veredicto.

La cuestión cardinal es la que plantea el recurrente, al sostener, aun cuando no con la necesaria y debida claridad, que dada la contestación del Jurado, el artículo aplicable no es el 615 del Código Penal, sino el 604 o el 602, porque la modalidad que el Jurado agregó a su contestación, vino a darle a la responsabilidad una atenuación especial, que lo sustrae de los casos previstos en el mencionado artículo 615, siendo entonces de aplicación el artículo 618. En apoyo de su tesis, transcribe algunos apartes del salvamento de voto del Magistrado disidente en la sentencia del Tribunal. A ese salvamento pertenece el siguiente párrafo:

"Al folio 8º del fallo en cuestión, y refiriéndose al veredicto de los señores Jueces de hecho, se dice que el Jurado tenía perfecto derecho de agregar lo anterior, **aunque no era indispensable**—subrayo—para que su voluntad quedara perfectamente clara," y creo que precisamente la frase "pero en el momento de recibir una ofensa grave, y sin premeditación," con lo cual los señores Jurados modificaron su respuesta afirmativa al cuestionario que les había sido propuesto, no sólo no está de más, como parece darlo a entender la mayoría en el aparte transcrito, sino que esa explicación vino a situar especialmente la categoría de la responsabilidad del reo en uno de los casos más atenuados del delito, que tiene, a mi entender, una pena distinta de la que trae el artículo 615 del Código Penal. En otros términos, esa adición del Jurado, que para los colegas nada absolutamente significa, sí tiene a mi modo de ver una importancia excepcional, toda vez que con ella quedó fijada la responsabilidad del procesado en el caso del artículo 618 en relación con el 604 ibídem."

Se considera:

En todos los casos anteriormente estudiados por esta Sala, no se había contemplado uno como éste, en que la respuesta del Jurado es de una significación especial, y por lo mismo, si se llega a una conclusión también especial, no es porque se contradiga la doctrina anterior, sino porque se trata de una situación jurídica distinta, que reclama solución distinta.

La contestación del Jurado, como ya se vio, fue ésta:

"Sí, pero en el momento de recibir una ofensa grave, y sin premeditación."

El artículo 615 del Código Penal sanciona el parricidio voluntario, el premeditado y el asesinato, cometidos en la persona de cualquier ascendiente o del cónyuge, con la pena fija de veinte años de presidio.

Ya que el legislador equiparó esas tres clases de homicidio, tan diversas, para efectos de la penalidad, es necesario indagar a qué clase o especie de homicidio (parricidio) voluntario se refirió en ese artículo, ya que, dada la clasificación que el Código trae de este delito, existe una principal o general que entraña la más grave, sancionada con la pena de seis a doce años de presidio, según lo que dispone el artículo 600 del Código Penal, y otras de menor gravedad y significación, a las cuales se imponen penas también menores o atenuadas, y a que se refiere la última parte de ese artículo 600, cuando exceptúa de la regla que él contiene a "los casos previstos en alguna disposición especial."

En esa situación, no hay duda que cuando en el artículo 615 se habla de parricidio voluntario, al cual impone la pena fija de veinte años de presidio, se refiere únicamente al voluntario en los casos más graves, mas no pudo referirse a los que pertenecen a una especie distinta, y que por su especial atenuación viene a ser de excepción, porque sería el mayor de los absurdos que, fuéra de equiparar el parricidio voluntario al premeditado y al asesinato, se llegara al extremo de interpretar que en el primero quedaron comprendidos todos los voluntarios, cualesquiera que fueran las circunstancias en que se hubieran cometido o se cometan.

Dentro de los principios clásicos que imperan en nuestra legislación penal, el acusado de homicidio simplemente voluntario, o sea al que coresponde la pena de seis a doce años de presidio (artículo 600), se calcula que ejecuta la ación delictuosa con relativa calma y serenidad, dándose cuenta de sus resultados y consecuencias, conservando la plena libertad en el obrar, y revelando de modo manifiesto una intención homicida, y, por tanto, la sanción tiene que ser apropiada, en cantidad y calidad a esa conducta delictuosa, causa de grave perturbación social.

Mas cuando concurren especiales circunstancias, que llevan al agente a cometer el delito impulsado por fuerzas que no puede vencer, cuando la voluntad es en cierto modo violentada, de tal modo que se debilita la libertad de elección, entonces, por más que el homicidio siga perteneciendo a la categoría de los voluntarios, aunque impropiamente, la sanción, en los casos en que haya lugar a ella, tiene que ser atenuada en cantidad y calidad. como en efecto lo determinan los artículos 601 a 608 del Código Penal.

Situación semejante se presenta en el uxoricidio, el cual se comete a veces por perversidad, por abandono completo de los más elementales sentimientos, revelando el agente la mayor temibilidad. Pero también puede suceder que medie una provocación u ofensa de tal magnitud, que si bien no hay lugar a una verdadera excusa, por lo menos existe tal grado de atenuación, que ninguna ley puede desconocer, y mucho menos el Juez a cuyo cuidado está la verdadera garantía del derecho, y a quien le corresponde desarrollar el contenido legislativo en busca de la más completa individualización de la pena que constituye o debe constituír la aspiración principal en la delicada tarea de administrar la justicia penal.

Bran, persona de la más humilde condición social, desprovisto de toda enseñanza y de toda protección, no hacia vida conyugal con su esposa por culpa de ésta, que se negó a seguirlo

"En los autos—dice el Tribunal en la sentencia—hay indicios vehementes de que la conducta moral de la Trujillo no era buena, pues parece que evidentemente ésta tenía relaciones ilícitas con algunos individuos, y que su esposo hizo lo posible para evitar ese estado de cosas, sin llegar a conseguirlo, lo que dio lugar a que viviera en un estado de ánimo propicio para cometer el delito que cometió, y a que en distintas ocasiones le hubiera tratado mal. Bran ocurrió a las autoridades civiles y eclesiásticas con el fin de obligar a su esposa a que viviera con él, pero ésta, ante el Alcalde, dio la disculpa de que no se iba de la casa de su madre porque su esposo no tenía casa propia. Disculpa bien baladí, en efecto, que está demostrando que otros eran los móviles que la retenían."

Entre marido y mujer no existía sino el solo vínculo matrimonial; el afecto, la formación del hogar, la ayuda recíproca y el cumplimiento de los distintos deberes que tal estado trae consigo, no existían, ni se habían cumplido por obra de la que no pudo en ningún momento llamar Pérez su compañera.

Esos antecedentes, unidos a la modificación importante que el Jurado estimó necesario agregar a su respuesta, o sea que el acusado sí era responsable, "pero en el momento de recibir una ofensa grave, y sin premeditación," están indicando que el acto delictuoso no fue propiamente resultado de la maldad, ni explosión de un temperamento morboso que pusiera de manifiesto la peligrosidad, sino obra de quien, como cualquier particular se ve de golpe ofendido por quien menos razón podía tener para hacerlo, y así, ofendido, reacciona, sin que la voluntad sea capaz de contener, ni menos dirigir los movimientos musculares.

El acto así realizado, y colocado en esas condiciones, de las cuales no se puede prescindir porque el mismo Jurado las reconoció, si impropiamente, como ya se dijo, y por obra de un simple tecnicismo legal y formulario, se llama voluntario, no puede corresponder a los casos más graves, a los que la jurisprudencia ha clasificado con el nombre de simplemente voluntarios o voluntarios simples, que son a los que se refiere el artículo 615 del Código Penal, sino a los de una categoría distinta, o sea la de los atenuados, los cuales no quedaron, como lo sostiene el Magistrado del Tribunal que salvó su voto, comprendidos o previstos en aquel artículo, y no podían quedar comprendidos allí, desde luégo que sería un absurdo pensar que el legislador, al establecer distintas categorías en el homicidio, incurriendo hasta en lamentable casuismo, hubiera castigado con la pena de muerte, que era entonces la imponible, aun el uxoricidio cometido en circunstancias especiales de atenuación, y que por tal motivo no despierta, no puede despertar, un apreciable sentimiento de protesta en la sociedad.

De suerte que el artículo 615, al referirse al homicidio voluntario, solamente comprendió los más graves, mas no los de excepción, a los cuales corresponde una pena muy atenuada. Si el caso de que trata este proceso por la forma en que fue contestado el cuestionario, no está previsto especialmente en ese artículo, cabe muy bien lo que preceptúa el 618, o sea que el parricidio se sanciona con las penas "que corresponderían si se tratase de un simple homicidio, aumentadas en una cuarta parte más."

Todo lo anteriormente expuesto está indicando que existe en realidad desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, e indirectamente está también justificada la primera causal de casación.

Hay, pues, motivo fundado para casar la sentencia, debiendo dictarse la que deba reemplazarla, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

Como no se trata ahora de estudiar la justicia o injusticia del veredicto, o de examinar las pruebas que se encuentren en el proceso para justificarlo, sino de aplicar el derecho de acuerdo con la contestación del Jurado, es ésta la que debe tenerse en cuenta, siendo, como es, suficientemente clara. La disposición aplicable es, pues, la contenida en el artículo 604 del Código Penal, que dice:

"El que, siendo provocado por alguna ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o la de alguna de las expresadas en el artículo 587, mate en el acto mismo al provocador, sufrirá una reclusión de seis meses a un año."

La responsabilidad se califica en segundo grado, porque concurren a la vez circunstancias agravantes y atenuantes; entre las primeras concurre el sexo femenino de la víctima y la indefensión en que se encontraba; y como atenuantes, el ser buena la conducta anterior del sindicado y su falta de ilustración, pues ni siquiera sabe escribir su nombre.

A la penalidad anterior debe agregarse una cuarta parte más, según lo determina el artículo 618. De acuerdo con ese cómputo, la pena aplicable al acusado es la de once meses siete días de reclusión.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Valentín Bran, en armonía con el veredicto del Jurado y como responsable en segundo grado de homicidio (parricidio) en la persona de su mujer Clementina Trujillo, dando aplicación al artículo 604 ibídem, a la pena de once meses siete días de reclusión, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno. En lo demás, o sea en las condenaciones accesorias, queda en pie la sentencia recurrida.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, once de junio de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Al Jurado de calificación reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Juan Ramón Valencia por homicidio en la persona de Balbino Duque, el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Medellín le sometió el siguiente cuestionario, que se transcribe con su contestación:

"¿El acusado Juan Ramón Valencia es responsable de haber herido voluntariamente con arma punzante y cortante a Manuel Balbino Duque, a consecuencia de lo cual murió éste pocos momentos después; hechos que tuvieron su desarrollo y cumplimiento en la cabecera del Municipio de Caramanta, el doce de enero del año próximo pasado?

"Sí."

En desarrollo de este veredicto, y con aplicación del artículo 600 del Código Penal, el Juez impuso al acusado la pena principal de nueve años de presidio, junto con las accesorias correspondientes, previa la calificación del delito en segundo grado, lo que fue confirmado por el Tribunal, con fecha diez y nueve de diciembre del año próximo pasado.

Contra la decisión del Tribunal interpuso el defensor del condenado recurso de casación, el cual fue debidamente fundado.

Con fundamento en la primera causal, que el recurrente divide en cuatro, pero que en el fondo es una misma, sostiene que se violaron los artículos 117, 119 y 123 del Código Penal, por haberse calificado en segundo grado la responsabilidad, sin estar comprobadas las circunstancias agravantes deducidas por los Jueces de instancia, y las cuales examina separadamente.

Para hacer esa calificación, enumeró el Juez de primera instancia varias circunstancias agravantes, que posteriormente aceptó el Tribunal, quien, dicho sea de paso, pronunció en este asunto, como lo dice el Procurador, "una lacónica y pobre sentencia, que no hace honor ni a la fama ni a la sabiduría de esa prestigiosa entidad," pues no cumplió con la obligación impuesta por la Constitución y por la ley, de estudiar y contestar el alegato que el defensor presentó ante esa entidad, despreciando así las garantías que corresponden a la defensa, lo cual reclama, por lo menos, una censura.

Como primera agravante, deduce el Juez la siguiente: "la mala conducta anterior."

Alega el recurrente que el único dato apreciable que existe contra Valencia, es una sentencia en que se le condenó por el delito de heridas a dos meses de reclusión, y en la que fue considerado como provocado, habiéndose dado aplicación al artículo 661 del Código Penal.

Se considera:

El Juez no expresó, como era su obligación, es claro que menos el Tribunal, como ya se vio, en qué se basaba para deducir esa agravante; posiblemente tuvo en cuenta la sentencia que menciona el recurrente, la cual se encuentra ejecutoriada, y figura agregada en copia al expediente, y un certificado expedido por el Secretario del Juzgado 2º del Circuito de Támesis, según el cual, Juan Ramón Valencia fue condenado en ese Juzgado por otro delito de heridas a la pena de cuatro años, nueve meses, quince días de presidio, causa, según agrega, que se encuentra en el Tribunal Superior en apelación.

La primera sentencia anotada no sirve para apreciar reincidencia, ni en tal sentido lo tuvo en cuenta el Juez de primera instancia, como equivocadamente lo sostiene el recurrente, pues entre otros motivos, por haberse considerado en ese caso a Valencia como provocado en una riña, y por haberse aplicado el artículo 661 del Código Penal, quedó comprendido en las excepciones de que trata el segundo inciso del artículo 140 de la misma obra. Mas si esa condenación anterior no alcanza a constituir

reincidencia, es necesario averiguar, en armonía con lo que dispone el artículo 143 ibídem, si, por otra parte, constituye agravante de tal naturaleza que sirva para aumentar el grado de la responsabilidad.

En todo caso, dice este artículo:

"Las condenaciones anteriores que no constituyan reincidencia, se reputarán como agravantes de mayor o menor fuerza, según el número y la clase de los delitos cometidos antes."

Si se tiene en cuenta que esa condenación es muy antigua, pues fue proferida en el año de mil novecientos veintiuno, si a esto se agregan las circunstancias especiales en que se vio envuelto Valencia, no forma por sí sola una agravante capaz de aumentar el grado de la responsabilidad, pero sí sirve para aumentar al tercer grado la sexta parte diferencial, de que trata el inciso 3º del artículo 142 del Código Penal, porque tal condenación anterior no puede ser completamente indiferente al estudiar los antecedentes personales, judiciales y penales del acusado.

En cuanto a la otra sentencia que cita, el certificado del Secretario del Juzgado 1º del Circuito de Támesis, por una parte no figuran en el expediente las copias respectivas, y por otra, se aseguró por el defensor del procesado ante el Tribunal, que había sido revocada por éste, lo que no se preocupó esta entidad por aclarar; pues no hay duda que si esa sentencia condenatoria hubiera sido confirmada por el Tribunal, la pluralidad de circunstancias agravantes, y con ellas la mala conducta anterior del procesado, habría quedado justificada.

La segunda agravante mencionada por el Juez, es la siguiente:

"La mayor alarma, desorden y escándalo causados por el delito, pues se hizo en un poblado, en donde se causó gran alarma y desorden, y donde naturalmente se produjo mucho más escándalo."

"Es probable—dice el recurrente—que la pelotera haya causado desorden; acaso alarma y escándalo, en el sentido de bulla, que es lo mismo que desorden. Pero no hay prueba ninguna de que el delito haya causado desorden especial, fuera del natural, que es el que se castiga con la pena principal; ni hay prueba de que el poblado se haya alarmado, ni mucho menos el poblado de Caramanta, que ve esos casos a diario; ni se ve qué escándalo (en el sentido bíblico del vocablo) haya producido un homicidio en lucha franca y leal."

Para poder apreciar en todo su alcance esa agravante y los razonamientos o tachas que contra ella se presentan, es necesario conocer la historia de los acontecimientos, la cual no se hizo en forma nítida y clara por los Jueces de instancia, pues tanto en el auto de proceder como en las sentencias, se limitaron a transcribir lo que relatan algunos testigos, no muy acordes ni veraces en sus exposiciones.

El Fiscal del Juzgado, en su vista de fondo, que fue transcrita por el Juez en el auto de proceder, después de transcribir algunas declaraciones, según las cuales los hechos delictuosos se cometieron dentro de una riña suscitada seguramente por viejos rencores que existían entre los dos grupos de reñidores, agrega lo siguiente, de acuerdo con las constancias del informativo:

"Además, con las otras declaraciones del sumario, agregadas a los dos testimonios transcritos, se establecieron bien los siguientes hechos: que el provocador del suceso fue Antonio Cardona (folios 6 vuelto y 26 vuelto), pues le salió al encuentro, armado de una navaja de barba, a Angel María Ramírez T., cuando éste se dirigía a su casa de habitación, hacia la plaza de Caramanta, en la calle de Conde lo desafió a pelea, la que éste aceptó, disparándole con un revólver; que al oír esas detonaciones fueron acudiendo los otros individuos, que terciaron en la pelea, así: Jesús María López y Heliodoro Montes, armados de peinillas; Juan Ramón Valencia, con cuchillo; Manuel Balbino Duque, con navaja de barba y piedras; Erasmo e Hilario Ramírez, con peinillas y piedras; José Dolores Clavijo, con peinilla y navaja de barba; Ramón Clavijo, con navaja de barba, y Eleuterio Duque y Ramón Torres, armados con piedras; que de las heridas que recibió el finado Manuel Balbino Duque, la de la cabeza se la causó con una peinilla Jesús María López (folios 13 vuelto, 5, 10 y 33), y la que le produjo la muerte, se la causó con un cuchillo Juan Ramón Valencia (folios 1, 2 vuelto, 3 vuelto, 5 y 5 vuelto, 6 vuelto y 7, 10 y 32 vuelto). Que al homicida Juan Ramón Valencia y al heridor Jesús María López les causó sendas heridas en la cabeza, con piedras, el occiso Duque, estando ya herido (folios 4 vuelto, 10, 30 y 34). Que a Eleuterio Duque lo hirió con una navaja de barba José Dolores Clavijo (folio 10). Que Angel María Ramírez T. fue herido por detrás cuando huía, por Antonio Cardona, con una navaja de barba (folios 2, 4 y 4 vuelto, 6 vuelto, 12 vuelto y 13, 26 y 26 vuelto, 34 vuelto, 42 y 42 vuelto y 47 y 47 vuelto). Y, por último, que a Martín Emilio Duque le disparó varias veces del interior de una pieza Juan Clímaco Valencia, con manifiesta intención de causarle daño, logrando, apenas, hacerle una pequeña herida, que no le produjo incapacidad (folios 1 vuelto, 4 vuelto, 5 y 5 vuelto, 6 y 6 vuelto, 7, 10 y 19).

Carlos Ernesto Ossa dice que fue Dolores Clavijo quien le dio el peinillazo en la cabeza al occiso Manuel Balbino Duque (folios 6 vuelto y 7); pero esto quedó desmentido por varios testigos hábiles, según las citas hechas atrás.

A folios 19 vuelto, 20 y 34 vuelto, se hace alusión a la presencia de Pedro Pablo Torres en el lugar de los sucesos, como perteneciente a uno de los bandos contendores, pero no se le vio arma ni asumir actitud agresiva contra nadie.

En el informe consignado por el funcionario de instrucción (folio 48 vuelto), y en las declaraciones de José Flórez (folio 47) y Carmen Rosa Granada (folio 48), se sugiere la idea de que fue Juan Ramón Granada quien ocultó el cuchillo del homicida Valencia en el lugar en donde fue encontrado después (folio 14 vuelto); pero ese cargo, a pesar de todo, carece de comprobación legal.

Cosa igual sucede con el cargo que trató de hacérseles, a folios 1 vuelto, 6 vuelto y 7, 30 y 31 vuelto, a los señores Heliodoro Montes, Jesús María López, Juan Ramón Valencia, José Dolores y Ramón Clavijo, de haberles tirado con sus armas a algunos de los Agentes de Policía que acudieron a restablecer el orden. Ninguno de éstos habla de semejantes atentados.

De la historia de los sucesos no se desprende la agravante de que trata el ordinal 1º del artículo 117 del Código Penal, pues fuera de la alarma o desorden que naturalmente trae la comisión de un delito de esa clase en el público, no se produjo un escándalo o desorden de tal magnitud que causara grave perturbación social, de

modo que la autoridad hubiera tenido necesidad de intervenir para evitar mayores perjuicios.

El alarma, desorden o escándalo que haya podido causarse en el presente caso, fue, pues, el natural y ordinario que se produce en esa clase de delitos.

Tercera y cuarta agravantes.

"El mayor número de personas que concurrieron a la comisión de los delitos" y "la mayor publicidad del sitio donde se cometió el delito."

Con respecto a la primera, anota el recurrente que el mayor número de personas que concurren a cometer un delito es causa agravante "cuando conste precisamente que de esas circunstancias se aprovechan los delincuentes, pero no cuando ellos han concurrido independientemente unos de otros, sin prevalerse de la reunión."

Además, anota, de parte y parte hubo pluralidad de personas que cooperaron en la riña. Sobre el particular transcribe un fallo de esta Sala del cual se hará mérito más adelante.

Con respecto a la agravante de la mayor publicidad del sitio, observa que si el hecho se verificó en una calle fue de un modo ocasional, y que la ley "ha querido hablar de publicidad para un delito que se cometa en un desfile, procesión, teatro, plaza concurrida, iglesia, etc.; siempre que el individuo se aproveche de ello. No de este simple incidente inherente a la comisión del mismo delito, sino de una publicidad especial de que se prevalga el agente para cometer el delito."

Se considera:

La forma, hasta cierto punto ocasional como se desarrollaron los sucesos, la circunstancia de la riña en la cual no figuró Valencia como provocador, la consideración de que en ella tomaron parte varias personas de dos grupos opuestos y numerosos de combatientes, permiten deducir que no hubo acuerdo de voluntades y de esfuerzo para aprovecharse del mayor número con el fin de atacar, y que es aplicable lo que esta Sala dijo en ocasión semejante, así:

"El modo como se desarrollaron los acontecimientos, está indicando que unos y otros de los contendores concurrieron al sitio del suceso no con el ánimo de atacar a determinadas personas.

. . . . . .

"De suerte que, en realidad de verdad, no hubo acumulación voluntaria de personas y fuerzas con el fin de atacar a otra u otras, aprovechándose de esa circunstancia para lograr con mayor facilidad su intento; que es el verdadero alcance de la agravante mencionada en el ordinal 5º del artículo 117." (Sentencia de 21 de agosto de 1928).

En cuanto a la publicidad del sitio, de que habla la sentencia como agravante sin explicación alguna, no basta que el delito se cometa en un lugar que por su naturaleza o destinación sea público o de uso público, como una calle o plaza; la agravante que prevé el Código Penal se refiere "a la mayor publicidad," es decir, que no basta que el hecho delictuoso se cometa en un lugar público, sino que es necesario además, que ese sitio tenga una publicidad especial a causa de la reunión o agrupación de personas con algún fin, como una procesión o mercado, pues lo que se ofende o perturba en esos casos no es la materialidad del sitio, sino el sentimiento de las personas que se congregan.

Quinta y última agravante.

"La mayor necesidad que tiene la sociedad de escarmiento, por la frecuencia con que se cometen esta clase de delitos."

Alega el recurrente en contra de esta causal, que en el expediente no existe la menor comprobación sobre el particular, y que no es justo que se ejercite la escarmienta sólo a cargo de Juan Ramón Valencia.

Se considera:

La tacha es fundada, porque es necesario fundarse en alguna comprobación, en algún dato estadístico, por lo menos aproximado, que revele o ponga de presente la frecuencia de esos delitos; la sola afirmación del juzgador, desprovista de toda justificación, no puede aceptarse para dar por establecida esa agravante.

De suerte que los reparos que presenta el recurrente contra las agravantes que sirvieron al Juez y al Tribunal para calificar en segundo grado la responsabilidad, son fundados y deben prosperar.

Alega el recurrente, por último, que existe desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado, y se apoya en que se reconocieron circunstancias agravantes sin que el Jurado las hubiera declarado.

Aun cuando en virtud de lo expuesto anteriormente, quedan descartadas las circunstancias agravantes, es conveniente advertir al recurrente que está en un lamentable error, pues las circunstancias agravantes, y que sirven para calificar o establecer el grado de la responsabilidad, no le corresponde al Jurado reconocerlas, sino única y exclusivamente al Juez de derecho.

Como consecuencia de lo hasta aquí expuesto, la calificación de la responsabilidad debe hacerse en el tercer grado, pero con el aumento de la sexta parte de la diferencial entre el máximo y el mínimo, que determina el artículo 600 del Código Penal.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente el fallo recurrido, y en su lugar resuelve:

Condénase a Juan Ramón Valencia, como responsable de homicidio simplemente voluntario, en armonía con el veredicto del Jurado, dando aplicación al artículo 600 del Código Penal, y calificada la responsabilidad en tercer grado, pero con el aumento de la sexta parte diferencial de que trata el inciso 3º del artículo 124 de la misma obra, a la pena de siete años de presidio, que debe cumplir en la Penitenciaría que designe el Gobierno.

En lo demás, o sea en las condenaciones accesorias, queda en firme el fallo recurrido.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, junio once de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto consulta con esta Sala de la Corte su auto de fecha ocho

de marzo del corriente año, por medio del cual sobreseyó definitivamente a favor del doctor Aurelio Caviedes Arteaga, actual Juez 2º del Circuito de Pasto, por el cargo que le fue formulado en la presente investigación. Salvó su voto en el sobreseimiento el Magistrado Gómez Jurado.

Surtida la tramitación propia de esta segunda instancia, se procede a resolver lo que fuere legal, para lo cual se considera:

El cargo en referencia se deduce de la siguiente relación de hechos y apreciaciones en que basa su sobreseimiento el Tribunal:

"Con motivo de un desfalco considerable, encontrado por la Auditoría Seccional en la Administración de Correos de esta capital, se procedió a la consiguiente averiguación de los delitos que aparecían cometidos contra la Hacienda Nacional y los responsables consiguientes.

"Entre los empleados del ramo apareció sindicado Manuel Antonio Santacruz, quien está comprobado, desempeñaba el puesto de expendedor de especies. Fue nombrado el doce de diciembre de mil novecientos veintiocho, por Decreto ejecutivo número 2390, y tomó posesión el diez y nueve de enero de mil novecientos veintinueve.

"Actuando como funcionario instructor el doctor Caviedes, en calidad de Juez 2º del Circuito de Pasto, como consta acreditado plenamente, creyendo que contra Santacruz había la prueba requerida por la ley para detenerlo, y en el convencimiento de que el delito que se le imputaba daba lugar a detención, dictó el auto de ocho de octubre del año pasado, el que a la letra dice:

'Pídase la suspensión del empleo de Auxiliar encargado de la venta de especies postales de la Administración de Correos de esta ciudad, señor Manuel Antonio Santacruz. Líbrese orden de detención contra el expresado señor Manuel Antonio Santacruz. Gírese la correspondiente boleta.'

"En la misma fecha que dictó el nombrado señor Juez el auto anterior, expidió la orden de detención contra Santacruz. Y el mismo día ocho de octubre de mil novecientos treinta y uno solicitó al Ministerio de Comunicaciones la suspensión del empleado, a quien encarceló, suspensión que se decretó el diez y seis del mismo mes, o sea a los ocho días de estar detenido el mentado expendedor de especies postales.

"Al ser indagado el Juez, doctor Caviedes, al folio 24, explica su proceder, diciendo que se fundó en interpretaciones dadas a las leyes sobre el particular, invocando los artículos 340 de la Ley 105 de 1890 y 72 de la Ley 4ª de 1913; y agregó que en un Departamento limítrofe como el de Nariño, para evitar la fuga del indiciado y servir debidamente a la justicia, el proceder que adoptó es el aconsejado, puesto que de lo contrario sería perjudicial.

"Como ya lo dijo esta Superioridad, el procedimiento del Juez es perfectamente irregular, frente a lo claramente dispuesto por los artículos 1559, 1884 y 2026 del Código Judicial; 68, numeral 14, del Código Político y Municipal; y tratándose de un delito que sólo puede ser investigado y sancionado en juicio de responsabilidad, por lo que las anteriores disposiciones no son sino el desarrollo de los cánones constitucionales contenidos en los artículos 23 y 26 de la Carta Fudamental.

"En la actuación del funcionario sindicado hay que distinguir dos momentos: el primero, relativo a la orden de detención impartida antes de decretarse la formación de causa. Y el segundo, el de la ejecución de la detención, antes de recibirse aviso de que el empleado fue suspendido.

"Respecto de lo primero, no se puede deducir responsabilidad al Juez, por cuanto, como lo observa el señor Fiscal, la cuestión no está prevista de una manera clara en las leyes procedimentales, pues bien cabe la interpretación de que sí facultan la detención de un empleado sindicado por omisiones o abusos en el ejercicio de sus funciones, con la previa suspensión solicitada a quien corresponda, pero esto, bien entendido, que no sea en el caso que otra cosa dispongan la Constitución y leyes, como, por ejemplo, respecto de los Jueces.

"En cuanto a la segunda cuestión, en el presente caso, tampoco se encuentra proceder delictuoso en el Juez, puesto que en el auto que ordenó la detención también mandó pedir la suspensión de Santacruz, y así no hay violación de la ley. Distinta sería la situación jurídica del sindicado si hubiera mandado detener a Santacruz sin solicitar la suspensión y a sabiendas de que se trataba de arrestar a un empleado. Por este aspecto, dados todos los elementos que la ley penal requiere, tampoco aparece que el doctor Caviedes se hubiera hecho culpable de una detención arbitraria o de un abuso de autoridad.

La ligereza del funcionario instructor es censurable. Obró contra la constante práctica de consumar la detención cuando esté reemplazado el servidor público acusado, para así evitar graves complicaciones en la Administración Pública. Pero, dada la forma como actuó, o sea pidiendo simultáneamente la suspensión a quien le corresponde decretarla, no se ve que hubiera tenido la intención de violar la ley, por lo que resulta claramente que obró sin dolo, sin **voluntas sceleris** (artículo 20 del Código Penal). Sobre esto sí vale la pena de tener en cuenta que investigaba la comisión de delitos muy graves, y que en realidad, por estar esta ciudad inmediata a la frontera ecuatoriana, bien podía quedar burlada la acción de la autoridad investigadora.

"Y aunque Santacruz, excarcelado, por cuanto no apareció contra él prueba de que se hubiera alzado con valores de la Hacienda, como la apreciación de esa prueba es subjetiva, dependiente del criterio personal del juzgador, por este lado tampoco se puede decir que hubo violación del derecho individual de libertad."

En relación con lo anteriormente transcrito, se considera:

Es indudable que en el informativo aparece debidamente acreditado el hecho de que el señor Santacruz desempeñaba el ocho de octubre del año próximo pasado el cargo de expendedor de especies postales, y de que en la misma época se hallaba en ejercicio de sus funciones con tal carácter. Las copias del decreto de nombramiento (folio 2), y de la diligencia de posesión (folio 40 vuelto), no dejan lugar a duda sobre el particular.

Aparece también claramente establecido en el expediente, que el Juez 2º del Circuito de Pasto, doctor Aurelio Caviedes Arteaga, en su carácter de funcionario de instrucción del sumario seguido contra Santacruz por delito contra la Hacienda Pública, dictó el precitado ocho de octubre de mil novecientos treinta y uno, un auto, por medio del cual pidió la suspensión de Santacruz en el empleo que desempeñaba, al propio tiempo que libró orden de detención contra él.

Se halla igualmente establecido en autos, que Santacruz permaneció detenido en virtud de la orden del Juzgado, por un término de doce días, ocho de los cuales estuvo sin que hubiera llegado la orden de suspensión del empleo. Posteriormnete el Tribunal revocó la orden de prisión de Santacruz, y lo puso en libertad incondicionalmente.

Ante estos hechos, el señor Procurador es de parecer que, de acuerdo con el artículo 1559 del Código Judicial, el Juez instructor ha debido, antes de mandar detener o arrestar a Santacruz, esperar a que la suspensión pedida se hubiese decretado, y como así no lo hizo, incurrió en el hecho delictuoso contemplado en la ley penal sustantiva, como atentado contra los derechos individuales. Apoya su opinión manifestando que la Corte tiene establecido—cita al efecto la sentencia de diez y ocho de noviembre de mil novecientos veintiuno—que previamente debe suspenderse en sus funciones a cualquier empleado para poder reducirlo a prisión.

La Sala no se halla de acuerdo con el concepto que hace absolutamente extensiva a casos como el de que se trata, el señor Procurador. Porque si bien es verdad que en el fallo citado por éste, dijo entonces la Corte, por conducto de la Sala de Negocios Generales, que estimaba ilegal el proceder de un Juez de Barranquilla al querer reducir a prisión a un sujeto que desempeñaba el cargo de Diputado a la Asamblea del Departamento, antes de obtener la suspensión del mismo individuo en tal cargo, es obvio que se trataba allí de un mandatario representante de los intereses del pueblo, en la más alta corporación legisladora del Departamento, contra quien, por lo mismo, no se podía proceder como contra cualquier empleado en general, por respeto a la misma entidad, con mando y jurisdicción, de que formaba parte. Esta es garantía no sólo legal, sino también constitucional. Pero en tratándose de cualquier empleado, sobre todo de los que no tienen mando ni jurisdicción, no puede decirse de los mismos, particularmente si es de aquellos a cuya guarda y manejo se hallan los caudales públicos. Por eso el artículo 21 de la Ley 36 de 1918 dice:

"Cuando un Visitador de Oficinas de Hacienda o la primera autoridad política del lugar descubre que se ha cometido o se está cometiendo algún fraude en el manejo de los caudales públicos, procederán reservadamente a investigar los hechos como funcionarios de instrucción; suspenderán y reducirán a prisión a los que aparezcan sindicados, lo mismo que a los cómplices y auxiliadores; y si no fuere posible el reintegro inmediato de las sumas defraudadas, decretarán el embargo preventivo de los bienes raíces y semovientes que pudieren tener aquéllos, para lo cual se dará aviso telegráfico a las autoridades y Registradores respectivos.

"Practicadas tales diligencias, serán pasadas al Juez o Tribunal competente para que adelante la causa y pase copia de lo conducente al empleado a quien corresponda hacer efectivos los reintegros al Tesoro, de conformidad con las prescripciones del Código Fiscal. Los sindicados no tienen derecho a excarcelación con fianza cuando las sumas usurpadas pasen de cien pesos ($ 100) oro. Lo dispuesto en este artículo es aplicable en lo pertinente aun en los casos en que se haya fugado el delincuente, a fin de que no se suspendan las diligencias de remate de los bienes embargados y se hagan efectivos los reintegros, sin perjuicio de la responsabilidad de los fiadores, que queda en vigor conforme a la Ley."

De manera que si un simple Visitador de Oficinas de Hacienda o la primera autoridad política del lugar en que se descubra que se ha cometido o que se está cometiendo algún fraude en el manejo de los caudales públicos (y las especies postales forman parte de éstos), puede proceder a suspender y reducir a prisión a los que aparezcan sindicados, lo mismo que a los cómplices y auxiliadores, con tanto mayor razón puede hacer lo propio el jefe de la investigación, según la ley, o sea el Juez del Circuito.

Lo anterior quiere decir que, si bien es verdad que hay casos en que, de acuerdo con el artículo citado por el señor Procurador, o sea el 1559 del Código Judicial, para seguir causa a alguno fuere menester que otra autoridad previamente lo suspenda en el empleo que desempeña, sin lo cual el funcionario instructor no podrá mandarlo detener o arrestar, entre otros casos, especialmente aquellos que se relacionan con el delito contra la Hacienda Pública, no sucede lo propio, ya que la naturaleza del hecho, según la disposición precitada de la Ley 36 de 1918, está diciendo que se debe proceder con la mayor actividad y eficacia. Si el funcionario o instructor, en el desempeño de sus atribuciones se excediere en alguna forma, será cosa que se estudiará en cada caso por el respectivo superior, para deducir la responsabilidad consiguiente; pero como bien se echa de ver, no es esto aquí de lo que se trata, según se desprende de lo que al respecto traen las constancias informativas.

No debe, sin embargo, dejarse de observar que el Juez instructor, doctor Caviedes Arteaga, procedió en el asunto que se estudia contradictoriamente, por cuanto que si en el mismo auto en que dictó la orden de detención contra Santacruz, dispuso claramente que se pidiera la suspensión de éste en el empleo que desempeñaba, ha debido, como es obvio, antes de expedir la boleta de detención, esperar a que se le comunicara la suspensión solicitada. Con todo, y a pesar de que no lo hizo así, no surge de las constancias informativas malicia alguna en el obrar del funcionario, lo que induce a considerar, por este aspecto también, justificado el sobreseimiento.

Es suficiente lo expuesto para que la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador y en desacuerdo con él, resuelva confirmar, como en efecto confirma, la providencia que ha sido objeto de la consulta.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintidós de junio de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El Juzgado 1º del Circuito del Socorro condenó al procesado Flaviano González, con aplicación del inciso 2º del artículo 645 del Código Penal, y calificada la responsabilidad en segundo grado, a la pena principal de

cuatro años y medio de presidio, como responsable del delito de heridas en la persona de Roque Porras.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, con fecha octubre trece del año próximo pasado, reformó aquella sentencia, elevando la pena principal a seis años de presidio, por estimar que el artículo aplicable era el 646 de la obra citada.

Contra este fallo del Tribunal interpuso casación el condenado, y como la demanda reúne los requisitos legales para su estudio de fondo, a él se procede, debiendo advertirse que el señor Procurador amplió los motivos de casación y aun presentó algunos nuevos.

El recurrente invoca la primera de las causales de casación, o sea el ser la sentencia violatoria de la ley penal, por haberse aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar. Con fundamento en esa causal, tanto el recurrente como el señor Procurador sostienen la aplicación indebida del artículo 646, y señalan como violados, por haberse dejado de aplicar, el inciso 2° del artículo 645. Para llegar a esa conclusión, se fundan en que, según los dictámenes periciales llevados a cabo en la persona ofendida, y principalmente de acuerdo con el último y definitivo, las heridas no le produjeron enfermedad o incapacidad para poder trabajar como antes, porque siendo el ofendido Porras un jornalero campesino y agricultor, sus labores las puede desempeñar ahora lo mismo que antes de ser herido, y porque, aun cuando le haya quedado una notable deformidad física, sostienen tanto el recurrente como el señor Procurador, que ella no es gravemente perjudicial, porque el perjuicio que sufre por consecuencia de una deformidad aquel que para ganarse lo necesario para sus necesidades ha menester la mejor y más atractiva presentación física, que el hombre que su oficio habitual puede obtener el mismo fin, aunque tenga su cuerpo una deformidad que no le resta aptitudes para el trabajo.

En consecuencia, y como el ofendido Porras es un trabajador del campo, en cuyas labores no necesita emplear precisamente la belleza del rostro, y puede desarrollarlas sin inconveniente, careciendo de uno de los párpados, teniendo paralizado otro y un pómulo hendido y la voz defectuosa, considero que la deformidad que la herida le dejó apenas es notable y no perjudicial.

Para apreciar en todo su alcance las argumentaciones anteriores y algunas otras expuestas especialmente por el señor Procurador, es necesario conocer el dictamen pericial rendido como definitivo, y en el cual se basan las alegaciones para sostener el recurso. Dice esa exposición pericial:

"En Guadalupe, a doce de agosto de mil novecientos treinta, se presentaron en el Despacho del Juzgado Municipal los señores doctor Enrique Páez y Cuervo y Ricardo León, peritos reconocedores de las heridas del ofendido Roque Porras, y expusieron ambos por separado y de común acuerdo:

'Reconocimos hoy por décimaquinta vez al ofendido Roque Porras, y le hallamos la herida ya curada; le sanó, dejando en su sitio cicatrices notorias; el párpado inferior quedó completamente perdido, y por consiguiente, el cuerpo inferior del ojo izquierdo en descubierto, a causa de la lesión que sufrió el párpado superior del mismo ojo, su funcionamiento queda defectuoso, pues cae sobre el ojo, impidiendo así que éste sea descubierto a voluntad para ver. Sobre el pómulo izquierdo le quedó una notable depresión, a causa de que el hueso que corresponde a dicha región fue perdido en gran parte; la mandíbula inferior le quedó defectuosa para sus movimientos, de tal manera que la boca apenas puede semiabrirla; por la misma causa, la acción de hablar le es defectuosa; esta lesión de la mandíbula parece ser proveniente de lesiones en su articulación, por los balines y municiones; queda, por consiguiente, con los defectos físicos de por vida anotados.

"La incapacidad física que tuvo para trabajar fue de sesenta y cuatro días, quedando capacitado desde mañana para entregarse a sus ocupaciones. Estuvo sometido al régimen curativo que se le prescribió."

El Tribunal, en pobre estudio, sin una explicación plausible, sin estudio jurídico ninguno acerca de la cuestión, y en un considerando de dos líneas—anota el señor Procurador—decidió que el artículo aplicable era el 646 del Código Penal.

En verdad, el Tribunal no estudió detenidamente el concepto pericial, pues si lo hubiera hecho, su conclusión habría sido distinta. Tuvo en cuenta únicamente la incapacidad fija que padeció el ofendido para trabajar, y que los peritos señalan así:

"La incapacidad que tuvo para trabajar fue de sesenta y cuatro días, quedando capacitado desde mañana para entregarse a sus ocupaciones."

El artículo 646 se refiere a los casos en que de la herida, golpe o maltrato, sólo queda al ofendido "enfermedad o incapacidad para trabajar, como antes, que pase de sesenta días," sin ninguna otra consecuencia, y en este asunto, exponen los peritos que al ofendido le quedó defectuoso el funcionamiento del ojo izquierdo, una notable depresión en el pómulo del mismo lado, la mandíbula inferior también defectuosa en sus movimientos, lo mismo que "la acción de hablar"; queda, por consiguiente, agregan los peritos, "con los defectos físicos de por vida anotados," luego claramente se observa que el artículo 646 no puede ser el aplicable, y en tal virtud la tacha que por este aspecto se presenta contra la sentencia del Tribunal, es fundada y debe prosperar.

Mas antes de dictar la sentencia de instancia, y que ha de reemplazar la del Tribunal, es conveniente dictar auto para mejor proveer, con el objeto de oír el autorizado concepto de los señores Médicos de la Oficina Central de Bogotá, para establecer en forma más acertada y técnica las verdaderas consecuencias que produjeron las heridas, su mayor o menor gravedad, su mayor o menor perjuicio, etc.; pues el dictamen que se ha estudiado en este fallo y que se transcribió anteriormente, no es lo suficientemente claro y científico al precisar esas consecuencias y resultados permanentes que las lesiones dejaron en el ofendido.

Se habla en ese reconocimiento, y a modo de conclusión, de haber quedado defectos físicos de por vida, después de haber anotado circunstancias que constituyen verdaderas deformidades, lo que entraña una cuestión distinta, porque no toda deformidad trae consigo defecto físico, ni viceversa.

Además, nuestro Código Penal, no se refiere directamente a las perturbaciones funcionales o defectos físicos para fijar la pena sino al tiempo de incapacidad, a la enfermedad de por vida, a la pérdia de algunos de los órganos o miembros, a la notable deformidad física gra-

vemente perjudicial, y a la perpetua incapacidad de trabajar como antes. Divide también las heridas en graves, leves y levísimas.

En un caso semejante, y con el fin de justificar el procedimiento, o sea la prueba que se busca, dijo esta Sala:

"Como por consecuencia de la invalidación del fallo del Tribunal, hay necesidad de proferir el que deba reemplazarlo, para garantizar el mayor acierto y haciendo uso de la facultad que consagra el artículo 19 de la Ley 100 de 1892, que por analogía debe aplicarse a casos como éste, juzgados exclusivamente por los Jueces de derecho, sometidos, por tanto, a determinada tarifa legal de pruebas que pueden debatirse ampliamente en las instancias y ser atacadas en casación, se dispone previamente oír a los señores Médicos Legistas de la Oficina Central de Bogotá, para que en vista de los distintos dictámenes periciales de que se ha hablado, y que se encuentran en el proceso, que debe enviárseles, expongan su autorizado concepto sobre la naturaleza y calidad de las heridas que recibió Mercedes Vásquez, su mayor o menor gravedad, el verdadero alcance de sus consecuencias, si es que las hubo; dictamen que servirá de guía y norma para el pronunciamiento del respectivo fallo de instancia."

Como también ha sido atacado el grado en que se calificó la responsabilidad, como cuestión accesoria que es, será materia que se estudiará al dictarse el fallo definitivo, después de cumplirse el auto para mejor proveer.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente el fallo recurrido, y antes de dictar el que deba reemplazarlo, dispone practicar la diligencia de que se ha hablado en la parte motiva, apoyándose en lo que dispone el inciso 2º del artículo 359 del Código Judicial vigente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y cúmplase.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad de Pedro A. o Pedro Antonio Arías por el delito de homicidio (considerado en el auto de proceder como asesinato), en la persona del guardia de la Policía Departamental de Antioquia, Sixto Buitrago, le propuso el Juzgado del conocimiento, 2º Superior del Distrito Judicial de Medellín, el siguiente cuestionario:

"Cuestión primera.

"¿El acusado Pedro A. o Pedro Antonio Arias es responsable de haber dado muerte, voluntaria y premeditadamente, con proyectil de revólver, a Sixto Buitrago, lo que ocurrió en la ciudad de Marinilla, el veinticinco de noviembre de mil novecientos veintinueve?"

"Cuestión segunda.

"¿El acusado Pedro A. o Pedro Antonio Arias cometió el hecho que se menciona en la cuestión anterior con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con previa asechanza y con alevosía, o a traición o sobreseguro, por haber sorprendido a Sixto Buitrago descuidado, indefenso o desapercibido?"

"Cuestión tercera.

"¿El acusado Pedro A. o Pedro Antonio Arias es responsable de haber dado muerte, a sabiendas, al Guardia Departamental Sixto Buitrago, por razón del ministerio de éste, lo que tuvo lugar en el sitio y fecha expresados en la cuestión primera?"

A la primera cuestión, el Jurado contestó:

"Sí, sin premeditación, en un acto primo, con responsabilidad atenuada por la degeneración congénita del procesado."

Las dos últimas cuestiones fueron contestadas por los Jueces de conciencia, de manera rotunda y únicamente negativa.

Sobre el veredicto anterior dictó su sentencia el Juzgado del conocimiento, con fecha veintinueve de abril del año próximo pasado, por medio de la cual, estimando que la respuesta del Jurado situaba el caso del procesado dentro de un homicidio simplemente voluntario, previsto en el numeral 6º del artículo 587 del Código Penal, con aplicación, por consiguiente, del artículo 600 de la misma obra, y previa calificación de la delincuencia en el menor grado, a la pena principal de seis años y cuatro meses de presidio, aumento este último por reincidencias comprobadas, y las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior, éste lo confirmó en todas sus partes, en providencia de fecha diez y siete de noviembre del corriente año.

Contra la sentencia del juzgador de segunda instancia interpuso recurso de casación el defensor de Pedro Antonio Arias, recurso que le fue concedido, y enviados, consecuencialmente, los autos a esta Sala de la Corte para los efectos de resolverlo. A ello se procede, agotada como se halla la tramitación legal en este Despacho, y prestando, como presta, mérito para estudio de fondo el escrito en que se interpuso casación, pues el recurrente no alegó durante el traslado que aquí se le concedió.

El señor defensor sustentante del recurso invoca la causal 3ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, o sea estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Alrededor de este punto hace varias consideraciones tendientes a demostrar que a su defendido, de acuerdo con el veredicto del Jurado, no se le puede castigar lo mismo que al hombre normal, que no padece la degeneración congénita del procesado, pues tal es lo que se desprende de esta agregación de los Jueces de conciencia; pero que como en nuestro Código no existe disposición alguna que castigue a una persona de conformidad con la responsabilidad atenuada por la sordomudez, reconocida por el veredicto, es imposible castigar legalmente a Arias.

El señor Procurador, acogiendo los puntos de vista del recurrente, los amplía, estudia y analiza en un extenso e interesante concepto, en que expone la historia del acaecimiento que dio margen al proceso, presenta, considerándolos por sus diversos aspectos, los principios apli-

cables al caso contemplado, en relación con el acto humano, pone de relieve, con acopio de ciencia y de doctrina, la personalidad del sentenciado; inquiere lo tocante a la responsablidad de éste, de acuerdo con nuestro Código Penal, para concluír al cabo, al estudiar las causales que sustentan el recurso, que no habiendo lugar a la declaratoria de injusticia notoria del veredicto, por no pecar contra la evidencia de los hechos acreditados en autos, debe pararse mientes en las consecuencias que impone la otra causal, alegada principalmente por el recurrente, o sea la de estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Al respecto dice lo siguiente:

"La segunda causal, que es la alegada como fundamental del recurso, tiene su vinculación en el hecho de haberse apartado la sentencia del veredicto, en cuanto éste declaró que la responsabilidad del procesado es atenuada por su degeneración congénita, y lo acogió en lo concerniente a la declaración de responsabilidad por homicidio simplemente voluntario, cometido en un acto primo, para condenar por este delito sin la atenuación que declaró el Jurado.

"Y como esto es verdad, pues el Tribunal se separó de la tesis de la atenuación de responsabilidad por motivo de la degeneración, argumentando para combatirla que tal degeneración, en el caso del sordomudo Arias, no le quita al acto ejecutado por él su condición de consciente, y por lo mismo no es causa que reste responsabilidad, y como, por otra parte, yo estoy de acuerdo en que aquella lesión de la personalidad del procesado sí imprime a la acción materia del juzgamiento el carácter de semiconsciente, y, por lo mismo, disminuye la responsabilidad, considero que aquella sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado por la causa apuntada.

"El hecho de que en el Código Penal no haya disposición exactamente aplicable al caso que planteó el Jurado es más bien motivo para absolver, pero disponiendo lo conducente a que el sordomudo procesado sea puesto en curación, si ello es posible, y evitar así el peligro que puede ofrecer para la sociedad, o por lo menos para pedir al Jurado que concrete su veredicto y declare la responsabilidad que justifique la condenación del procesado como absolutamente responsable, o la irresponsabilidad absoluta, que dé fundamento al libre pronunciamiento de una absolución. Pero en ningún caso lo es para condenar como se hizo, porque aparte de que se comete una injusticia con un desgraciado enfermo, se desatiende el veredicto que, por no ser contrario a la evidencia de los hechos, es forzoso acogerlo en su integridad en la sentencia.

"Con apoyo en la exposición anterior, conceptúo que debéis casar la sentencia acusada, por estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y dictar la que deba reemplazarla, bien sea absolviendo al procesado, o bien disponiendo que se convoque de nuevo al Jurado para que concrete su veredicto."

Se considera:

Sin entrar a estudiar pormenorizadamente todos los puntos que con encomiable acuciosidad científica trata el señor Procurador en su vista, sí conviene detener la atención en aquel a que se refiere ésta, en la parte que se ha transcrito, cuando manifiesta que no habiendo disposición penal estrictamente aplicable al caso que presentó el Jurado en su veredicto, debe más bien absolverse al acusado, o, por lo menos, pedir a los Jueces de conciencia que concreten su veredicto, bien declarando una responsabilidad que justifique sin lugar a dudas una condenación, bien declarando la irresponsabilidad absoluta que preste base firme a una absolución. Y es que la forma como presenta la cuestión el señor Procurador, es decir, teniéndose en cuenta los términos del dilema de conclusión que él sugiere, se echa de ver, desde luégo, que el primero, o sea el relativo a la absolución no puede tener lugar en este caso, porque la circunstancia misma que hace acertadamente resaltar de que no haya disposición aplicable al caso planteado por el Jurado, está diciendo con claridad, no precisamente que el veredicto dé evidente margen para absolver, sino que envuelve en sí mismo una contradicción tál, que surge naturalmente la causal insinuada por el Jefe del Ministerio Público en el segundo término del dilema por él presentado, o en la segunda parte de su solicitud final. Es decir, que es el caso preciso de la causal 6ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sea haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio. Y aun cuando el señor Procurador no sustenta formalmente esta causal, sí es indudable que toda su exposición converge implícitamente a ella, por cuanto que si el Jurado, afirmando la responsabilidad, desvirtúa ésta de tal manera que el acusado queda convertido por obra del veredicto en un semirresponsable para quien no existe disposición penal aplicable, es notorio que el veredicto presenta una contradicción evidente, ya que no hace otra cosa que decir: Pedro Antonio Arias es responsable, pero como **semirresponsable**, es decir, no es responsable, comoquiera que la semirresponsabilidad no se halla prevista en disposición penal alguna, lo que significa que es como si se declarara en esa segunda parte del veredicto la irresponsabilidad integral. Ahora bien: no hay duda que si un Jurado declara respecto de determinada persona, que si es responsable, y al propio tiempo agrega una frase que no puede tener dentro de la realidad jurídica, es decir, dentro de la legislación vigente y el derecho positivo que la encarna, otra significación que la de irresponsabilidad, no hay duda que un veredicto de tal clase es evidentemente contradictorio.

Y se dice que a demostrar esto tiende toda la ilustrada e interesante disertación del señor Procurador, porque cuando él sienta los principios científicos en que expositores expertos se basan para clasificar las diversas constituciones psicopáticas que pueden afectar la personalidad humana, no hace otra cosa que echar los fundamentos del estudio que en seguida hace en concreto sobre la personalidad misma del procesado, estudio en que, al examinar a éste por todos sus aspectos, de acuerdo con aquellos principios y de acuerdo con los datos que trae el expediente acerca de los antecedentes del homicida, presenta la siguiente conclusión:

"Todo esto convence de que Arias no es el hombre normal de libre raciocinio, ni el perverso constitucional, sino el enfermo impulsivo, cuyas emociones lo obsesionan; el degenerado cuyas aptitudes intelectuales incompletas son suficientes a producir el control inhibitorio de sus actos; el psicastínico clásico de Janet, cuyas acciones no se desarrollan bajo la función connativa de una completa libertad moral; así lo proclaman los principios de la ciencia; así lo dijeron los médicos que practicaron el examen de su persona, y así lo calificó el Jurado que conoció de su causa."

De acuerdo con la conclusión transcrita, estudia luégo el señor Procurador el aspecto de la responsabilidad, para terminar manifestando que "no habiendo disposición exactamente aplicable al caso, y no permitiéndose la aplicación por analogía de las existencias, la responsabilidad atenuada que declaró el Jurado, hay que tomarla como caso de irresponsabilidad, para usar el criterio de benignidad, y aplicar la ley en lo que le es más favorable al reo."

Si, pues, el Jurado emitió un veredicto contradictorio en esta causa, por cuanto al afirmar la responsabilidad del acusado en la primera parte de su respuesta, se contradijo en la segunda; al dar una contestación que, por los términos en que está concebida, puede entrañar una irresponsabilidad, es inobjetable que se está en el caso preciso de que los Jueces de conciencia eliminen esa contradicción, concretando su veredicto en forma tál, que no se presente para el juzgador de derecho la perplejidad legal a que conduce una decisión como la de que se trata.

Siendo esto así, como efectivamente lo es, lo procedente en este caso es invalidar el fallo objeto del recurso, con base en la causal 6ª del artículo 3º de la Ley 118 ya citada, y ordenar que el Jurado concrete su decisión en uno u otro sentido, pero en forma tál, que no aparezca la contradicción evidente de ella, como sucede ahora, según se ha visto.

En consecuencia, y teniendo en cuenta lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en lo sustancial con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida en su totalidad el fallo recurrido, y en su lugar resuelve:

Convóquese nuevamente al Jurado que intervino en la presente causa, para que concrete o aclare su veredicto en relación con la primera de las cuestiones propuestas, por ser tal veredicto evidentemente contradictorio, teniéndose en cuenta por el Juez de la causa, si llegare el caso, el artículo 311 de la Ley 57 de 1887.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado reunido para decidir sobre la responsabilidad de Benjamín Grimaldos, por el delito de homicidio en la persona de Antonio Ramírez, le presentó el Juez del conocimiento, 2º Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, la siguiente cuestión única:

"¿Benjamín Grimaldos es responsable de haber dado muerte con arma de fuego a Antonio Ramírez Amaya, y en la ejecución de este hecho, ocurrido en el sitio denominado **El Rodeo**, fracción de **Pantanogrande**, jurisdicción del Municipio de Molagavita, el primero de septiembre de mil novecientos veintinueve, obró el acusado Grimaldos voluntariamente, con intención homicida y con premeditación"?

El Jurado contestó:

"Sí, pero sin premeditación."

Sobre este veredicto profirió sentencia el Juzgado, con fecha once de noviembre del año próximo pasado, por medio de la cual, considerando el hecho delictuoso como homicidio simplemente voluntario, con aplicación del artículo 600 del Código Penal, previa calificación de la delincuencia del acusado en segundo grado y con aumento de un año en la pena principal (inciso 2º del artículo 124 del Código Penal), condenó a Grimaldos a la pena de diez años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior, éste, en providencia de veinte de febrero del corriente año, lo reformó en el sentido de reducir a nueve años la pena principal, por no encontrar fundamento legal para el aumento de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo impuesto por el Juez. En lo restante, el fallo fue confirmado.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el condenado recurso de casación, el cual le fue concedido, y remitidos, en consecuencia, los autos a esta Sala para efectos de resolverlo. A ello se procede en seguida habida cuenta de que se halla agotada en este Despacho la tramitación legal correspondiente.

En el escrito dirigido a esta Sala por el recurrente durante el término del traslado, invoca la causal de que trata el numeral 1º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, "consistente, dice, en ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta e indebida aplicación de la misma." Manifiesta que de acuerdo con el veredicto del Jurado le corresponde la penalidad de un homicidio simplemente voluntario, calificada su delincuencia en el menor grado, y no en el segundo, como se hizo por los juzgadores de instancia. Considera que tal graduación de su delincuencia implica violación de la ley penal, pues se le aplicó una disposición distinta de la que en justicia le corresponde, ya que señaló para su caso indebidamente el tercer inciso del artículo 123 del Código Penal, debiendo habérsele señalado el inciso 2º del propio artículo; así como también le fue incorrectamente aplicado el inciso 2º del artículo 124, ya que el procedente era el inciso 3º de este mismo artículo.

Sobre el particular hace algunas consideraciones, tendientes a manifestar que no existe en los autos la comprobación de las dos circunstancias agravantes deducidas en su contra por los juzgadores de instancias, o sean la falta de móvil del delito y la mayor frecuencia de hechos delictuosos en la región en que fue realizado, el de que aquí se trata.

Respecto de las agravantes en que se basa el Tribunal, dice este mismo:

"Como agravantes deduce la sentencia 'la circunstancia relacionada con la apremiante necesidad que tiene la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos en las Provincias de Málaga y San Adrés' (actualmente Provincia de García Rovira). Para el Ministerio Público, en esta instancia y a este respecto, 'sobran los argumentos, pues es de García Rovira de donde viene la gran mayoría de los delitos graves que conoce este Tribunal,' y la Corte, en recientísima sentencia proferi-

da en autos de este Distrito Judicial, amerita la circunstancia de agravación en examen. Más aún: prescidiendo de la referida agravante, obra en autos otra manifestación: es ésta la carencia—o al menos total futilidad—del móvil aparente del delito. Esta circunstancia cobra, si cabe, mayor relieve en la acción intencional del acusado y de la defensa para reforzar la ausencia del móvil, distinto de las ocurrencias habidas en **El Rodeo** en la tarde de los autos, y cuya inanidad quedó demostrada, y, en fin, en la actitud concomitante de conciliación, de paz y de pasividad que la víctima asumió en aquel día, conforme a las abundantes y concordes constancias del expediente.

"La falta de móvil de que aquí se hace mérito, la señala justamente la Fiscalía como compareciente en esta causa, conforme a los hechos probatorios, y la indica como circunstancia de agravación. Y es doctrina de la Corte, fundada en una recta aplicación del artículo 119 del Código Penal, 'que la ausencia de móvil en la comisión de un delito es circunstancia agravante de él.' (Sentencia de casación del 28 de junio de 1928).

"Ya desde luégo, en casación del 18 de febrero de 1926, la misma alta corporación había sentado igual fundada doctrina:

'Es circunstancia agravante en el homicidio voluntario, dijo entonces la Corte, el haberse cometido sin el menor motivo, o por causas innobles o fútiles. Los motivos determinantes del delito constituyen una circunstancia atenuante cuando obedecen a una causa noble o altruista, y constituyen circunstancia agravante cuando el motivo es desconocido, fútil o innoble.'

"Fundado en estas apreciaciones, y acorde en ello con la Jurisprudencia, halla el Tribunal que es procedente y jurídica la calificación en grado medio de la responsabilidad en causa."

Las sólidas apreciaciones transcritas en que funda el juzgador de segunda instancia la calificación de la delincuencia del recurrente en segundo grado, no han sido desvirtuadas por éste en su memorial de casación.

En efecto, al referirse el sentenciado a una de las circunstancias agravantes, la de la falta de móvil del delito, se limita a expresar lo siguiente:

"Sostengo, dice, la inexactitud de estas dos causales desfavorables, alegadas en mi contra en la sentencia, pues en lo tocante a la primera de ellas aparece del expediente, según lo afirman casi todos los testigos, que en el momento de ocurrir el desgraciado suceso había una discusión entre Ramírez Amaya y el suscrito. Y fue en esa discusión en la que yo fui objeto de las graves injurias y hasta de agresiones de hecho por parte de Ramírez Amaya, que relato en mi indagatoria, y las que corroboran varios testigos cuyas declaraciones, precisamente por serme favorables, se tuvo buen cuidado por los familiares del ofendido y por los interesados influyentes de procurar restarles el valor.

"Existiendo una prueba abundante en el proceso que rebate la tesis de la inmotividad del delito, o que al menos viene a ponerla en fundada duda, entonces lo jurídico y lo justo, conforme a elemental axioma penal, habría sido resolver la duda en mi favor y no en mi contra, como lo hizo el sentenciador."

Lo anterior, es todo lo que dice sobre el particular el recurrente. Y como bien puede verse, éste no cita siquiera cuáles son los testigos que afirman aquello a que él se refiere, ni expresa qué clase de discusión fue la que tuvo con su agredido, ni menos aún indica en qué consistieron las graves injurias y agresiones de que diz que fue víctima por parte del mismo. De suerte que afirmar simplemente, sin demostración alguna, que existe en su favor en el proceso abundante prueba que relate la tesis de la inmotividad del hecho delictuoso, conduce de manera sencilla y obvia a tener por desierto el recurso, en cuanto a la causal de falta de móvil se refiere, ya que, por otra parte, el señor Procurador, en cuanto a este mismo punto se refiere, se limita a decir que varias veces ha dicho que ningún delito carece de móvil, pero sin rebatir tampoco lo expuesto por el Tribunal con base en las probanzas del informativo, en el cual, no está por demás decir de paso, existe con superabundancia la prueba de que el hecho efectivamente se cometió con futileza de móvil, sin que mediara por parte del occiso la más leve agresión o injuria para con el matador. Es decir, que la causal de falta de móvil del delito, o mejor aún, como dice el Tribunal, completa futilidad de él, se halla firme y sólidamente respaldada en los autos.

Cuanto a la otra circunstancia agravante aducida, o sea la relacionada con la apremiante necesidad que tiene la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos en las Provincias de Málaga y San Andrés, en cuyo radio se cometió el de que aquí se trata, aun cuando el recurrente sí expresa al respecto algunas razones, tales como las de que no existe estadística sobre el particular, y la de que el Municipio en que el hecho se consumó, no es precisamente uno de los que más se hayan señalado por delitos de sangre, etc., tales razones no alcanzan a desvirtuar el hecho claro, nítido y concluyente de que sí es la región en que tuvo su realización el hecho contemplado, una de aquellas en que la mayor frecuencia de los delitos es absolutamente notoria. La misma estadística que trae el señor Procurador en su vista lo está demostrando, sin que baste a desvirtuarla la consideración que él hace de que los ciudadanos se matan es por la miseria profunda de los pueblos y su falta de educación; porque en el particular la ley no distingue acerca de las causas de tal circunstancia agravante, y por que esas causas no se hallan incontrovertiblemente establecidas, como fenómeno social exclusivo, en la región de Santander de que se trata, y en otras en donde la criminalidad viene extendiéndose con verdadero pavor.

Por lo demás, esta Sala ha venido observando también, con datos estadísticos llevados aquí mismo, cómo el mayor número de hechos de sangre tiene su asiento en las regiones mencionadas y en otras de Boyacá, en donde la criminalidad se ha acrecentado considerablemente. Y como la ley sí impone esa circunstancia expresamente como agravante (numeral 2º del artículo 117 del Código Penal), no se puede desconocer cuando aparece tan de bulto y resalta tánto como en el presente caso, para atender al grado de calificación de la delincuencia.

Hallándose, pues debidamente comprobadas en el informativo las dos circunstancias agravantes en que se basaron los juzgadores de instancia para la graduación del delito, y no habiendo sido ellas desvirtuadas en modo alguno, la sentencia recurrida debe mantenerse firme en todas sus partes.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador, y

en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En sentencia proferida el veinte de marzo de mil novecientos treinta y uno, el Juez 1º del Circuito de Salamina condenó a Luis Enrique Neira, como responsable en segundo grado del delito de heridas en Carlota Soto, a la pena de cuatro años y seis meses de presidio, con aplicación del inciso 2º, artículo 645 del Código Penal.

A virtud de apelación interpuesta por el procesado, conoció del asunto el Tribunal Superior de Manizales, quien en su fallo del seis de febrero último, reformó el de primera instancia, en el sentido de imponer la pena de nueve años y ocho meses de presidio, con aplicación del inciso 1º de aquel artículo, calificada la delincuencia en tercer grado, pero con el aumento correspondiente a la reincidencia.

Dentro de la oportunidad legal el defensor de Neira interpuso recurso de casación, invocando la causal primera, en escrito que es admisible para estudio de fondo.

Sostiene el recurrente que a la ofendida, según el dictamen de los médicos reconocedores, le quedó una cicatriz perdurable, calificada como leve por el Juez del Circuito, quien, por haber asistido a los reconocimientos y haber visto a la Soto, estaba en mejores condiciones que el Tribunal para apreciar el caso, y por lo mismo su opinión—afirma la demanda—es más atendible que la del sentenciador en segunda instancia. De allí concluye que se violó la ley penal por haberse aplicado el inciso 1º, artículo 645, en lugar del 2º de la misma disposición.

El señor Procurador, al emitir concepto, encontró fundada esta tesis de la demanda, y la reafirma en los siguientes términos:

"Determinado que la disposición que debió aplicarse es la del artículo 645, importa saber en cuál de sus tres incisos está comprendido el caso, para individualizar, en definitiva, la sanción que corresponde al reo.

"Con este fin es necesario conocer las condiciones de la deformidad física que dejó la herida en el ofendido, porque, precisamente, de esas condiciones depende la gradación en la escala penal que establecen aquellos tres incisos.

"El inciso 1º del artículo citado dice, al tratar de la deformidad física, lo siguiente: '..... o una notable deformidad física gravemente perjudicial.....' Por consiguiente, para que su disposición sea aplicable, es necesario que la deformidad reúna estas dos condiciones: que sea notable y gravemente perjudicial. Si es notable, pero no gravemente perjudicial, el inciso 1º no es aplicable.

"Y el inciso 2º reza:

'Si la lesión fuere....., o por no ser muy notable la deformidad física, o por no producir grave perjuicio al ofendido....'

"Entiendo que esta forma disyuntiva es congruente con la conjuntiva del inciso 1º, y explica claramente lo que ya dije, esto es, que si la deformidad es notable, pero no gravemente perjudicial, no es aplicable el inciso 1º. En consecuencia si no produce grave perjuicio al ofendido, aunque sea notable, el inciso aplicable es el 2º.

"En este caso no hay una prueba que permita calificar de gravemente perjudicial la deformidad producida por la herida, y parece lo más acertado atenerse a la calificación que hizo el Juez, quien para ello estaba mejor capacitado, por las razones que expone el defensor, de haber visto a la ofendida y haber asistido a los reconocimientos.

"Si, pues, para que se pueda aplicar el inciso 1º del artículo 645, es necesario que la deformidad sea notable y a la vez gravemente perjudicial; si faltando una de las dos condiciones, el aplicable es el inciso 2º, y si en el presente caso la deformidad es grave, lo que equivale a ser notable, pero no es, o por lo menos no hay fundamento para considerarla gravemente perjudicial, es evidente que el Tribunal, al aplicar la disposición del inciso 1º, aplicó indebidamente una disposición de la ley penal, porque la aplicable era otra."

Para resolver, se considera:

Los médicos reconocedores, en diligencias practicadas ante el Alcalde de Salamina (folios 11 y 25 vuelto), le encontraron a Carlota Soto "una herida producida por arma cortante, situada en la cara, al lado derecho, de catorce y medio centímetros de longitud, que empieza en el ángulo interno del ojo y termina en el ángulo del maxilar superior, con una profundidad aproximada de un centímetro, que interesó la piel, el tejido celular subcutáneo, y el músculo masetero un poco. En la misma dirección y en el cuello, atrás, tiene otras dos heridas: la primera de un centímetro, que interesó la piel, y la segunda de uno y medio centímetros, que interesó la epidermis solamente.....

"No le queda lesión funcional, pero sí una cicatriz perdurable, de carácter grave."

Aceptando la tesis del señor Procurador en lo que respecta a la reunión de las dos condiciones, de ser notable la deformidad física, y también gravemente perjudicial, para que el hecho se halle comprendido en el inciso 1º del artículo 645, es de observarse que para el caso concurren en la forma establecida por la ley. Efectivamente, el hecho de que la cicatriz, cuyas dimensiones son considerables, aparezca en el rostro de la ofendida, implica necesariamente, y en primer lugar, una notable deformidad física, y en segundo término, que esa misma deformidad no solamente le afeará de por vida el rostro, sino que por el sello marcado por lesiones de esa índole, es notorio que la perjudica en forma grave, gravedad que reconoce el dictamen pericial.

Es cierto que el Juez calificó la herida como leve, pero sin exponer razón alguna para estimarla así, y como en realidad no presenció los reconocimientos, puesto que fueron practicados ante el Alcalde del lugar, no es el caso de considerar el argumento que de ello saca el señor defensor recurrente.

Por lo demás, no se oculta que habrá casos de heridas mucho más graves que el contemplado en el presente

juicio, cobijados también por el inciso 1º, artículo 645, pero de allí no se deduce que la deformidad física producida en el rostro de la Soto no sea de la naturaleza propia para hacer aplicable la misma disposición. De modo, pues, que si con un criterio de relatividad, en que quizá pudo inspirarse el juzgador de primera instancia, llegara a admitirse que la herida de la Soto no es comparable con otras en que el ofendido quedara completamente inválido, ello significaría apenas que pueden contemplarse casos más graves, pero no que el presente se halla desprovisto de la gravedad que comporta la aplicación del inciso 1º ya citado.

Sobre el segundo motivo de la demanda, opina con acierto el señor Procurador:

"Otro reparo que hace el defensor es el de que a Neira se le debió considerar como herido en riña provocada por la ofendida, para situar su responsabilidad en el caso del artículo 661 del Código Penal, y como esto no se hizo, también se violó la ley por aplicación de una disposición distinta o por mala interpretación.

"No encuentro motivo que justifique esta tacha. Porque si la única declaración que da cuenta de los hechos, como lo dice el defensor, es la de la misma ofendida, por haber ocurrido ellos dentro de su casa, y si la Soto dice que Neira la acometió sin que mediara siquiera discusión entre los dos, no se puede dar por establecida la riña, que prestara margen a una duda, al menos respecto de cuál de los reñidores fue el provocador.

"Al contrario, las amenazas frecuentes de Neira contra la Soto, y los varios antecedentes de este reo, dan motivo para creer en todas sus partes lo declarado por la ofendida."

No está, pues, demostrada de ninguna manera la circunstancia de riña, y menos aún que fuese la Soto quien la provocara, de donde resulta injustificado el segundo motivo de la causal primera.

Y por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal de Manizales, materia del presente recurso.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintitrés de julio de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Al Jurado de calificación reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Desiderio Herrera, por los delitos de homicidio y heridas, le sometió el Juez de la causa, 3º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, los siguientes cuestionarios, que se transcriben con sus respectivas contestaciones:

"Cuestión primera.

"¿El acusado Desiderio Herrera es responsable, sí o nó, de haber dado muerte voluntariamente a Santos Velásquez, por medio de una herida que le infirió con instrumento cortante y punzante (cuchillo), a consecuencia de la cual murió Velásquez en el instante de recibirla; hecho que tuvo lugar el día veintitrés de agosto de mil novecientos treinta, en un lugar de la jurisdicción del Municipio de Cáqueza?"

"El Jurado respondió:

'Sí es responsable, pero en riña provocada por el acusado, pero en el momento de recibir golpes y heridas, de personas que no se pueden determinar.'

"Cuestión segunda.

"¿El acusado Desiderio Herrera es responsable, sí o nó, de haber causado voluntariamente a Primitivo Hernández, heridas con instrumento cortante y punzante (cuchillo), que lo incapacitaron para trabajar como antes por el término de ocho días, sin otras consecuencias, hecho que tuvo lugar el día veintitrés de agosto de mil novecientos treinta, en un lugar de la jurisdicción del Municipio de Cáqueza?"

"El Jurado respondió:

'Sí es responsable, pero en riña.'

"Cuestión tercera.

"¿El acusado Desiderio Herrera es responsable, sí o nó, de haber causado voluntariamente a Efraím Quevedo heridas con instrumento cortante y punzante (cuchillo), que lo incapacitaron para trabajar como antes por el término de ocho días, quedándole como consecuencia un defecto físico levísimo y permanente, hecho que tuvo lugar el día veintitrés de agosto de mil novecientos treinta, en un lugar de la jurisdicción del Municipio de Cáqueza?"

"El Jurado respondió:

'Sí es responsable, pero en riña.'"

En desarrollo de esos veredictos, el Juez mencionado condenó al acusado a la pena principal de siete años cuatro meses, quince días de presidio, aplicando el artículo 600 del Código Penal. Por lo que hace al homicidio, y los artículos 649 y 645 de la misma obra, en cuanto a las heridas, lo cual fue reformado por el Tribunal, en el sentido de reducir esa pena a la de seis años ocho meses y siete días de presidio, por estimar que debía aplicarse el artículo 661, en cuanto a las heridas.

Contra el fallo del Tribunal, que es de fecha abril catorce del presente año, interpuso casación el defensor del condenado, alegando como única causal, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado, la que fundó debida y oportunamente durante el traslado respectivo.

El Jurado estimó, dice el recurrente, que Herrera sí es responsable, pero en el momento de recibir golpes y heridas, y que la intención de los Jueces de hecho fue modificar, atenuándola, la responsabilidad del acusado, es cosa de trivial deducción, pues la preposición "pero," es esencialmente modificativa, de modo que para negar la atenuación no quedan sino dos caminos: o declarar notoriamente injusto el veredicto, o considerar, como lo hace el fallo, no admisible, por ineficaz modificación.

De ahí deduce el error del Tribunal, cuando afirmó que "la circunstancia de recibir golpes y heridas de personas que no se pueden determinar, no atenúa ante la ley penal la responsabilidad del acusado. Porque, ¿cuál fue la causa inmediata de los golpes y heridas que recibió Herrera en el curso de la riña? El mismo Jurado la explicó con estas palabras:

"Sí es responsable....."

Sin duda, el error en que incidió aquí el Tribunal, con-

tinúa el alegato, aparece tan relievado, que sin ningún esfuerzo lo percibe cualquiera. La lógica está invertida en el razonamiento transcrito del fallo: la frase "pero en el momento de recibir golpes y heridas," es la que en realidad está explicando, no sólo por su sentido natural y obvio, sino por el mismo orden y colocación en lo escrito, a la primera:

"Sí es responsable."

Para justificar lo anterior, y principalmente para demostrar que fue Santos Velásquez, el occiso, quien prendió primero a Desiderio Herrera y le promovió la riña, cita algunos fragmentos de la indagatoria, y también algunos apartes de los testimonios de Miguel Velásquez, Albino Moreno, Primitivo Hernández y Pedro Pablo Quevedo, y termina el alegato presentando las siguientes conclusiones:

"Ya está expuesto por el mismo Tribunal el sentido de la frase 'en riña provocada por el acusado,' que equivale simplemente a 'sí.'

"Tendríamos de esta suerte un homicidio simplemente voluntario; mas la frase 'pero en el momento de recibir golpes y heridas,' establece la particularización de un homicidio atenuado, pues modifica de modo rotundo la afirmación de la responsabilidad.

"Que haya agregado que no puede determinar las personas que infirieron a Herrera los golpes y heridas en el momento de herir a Velásquez, ninguna importancia tiene, pues el Jurado tampoco negó que hubiera sido el occiso una de esas personas que golpeó e hirió a Herrera; luego quedaría a lo sumo una duda, que debe resolverse en favor del acusado. Puede entonces leerse el veredicto así:

'Sí es responsable, pero en el momento de recibir golpes y heridas del occiso.'

"Esta es la jurídica interpretación del veredicto."

Consecuencias de derecho.

"La pena aplicable la señala el artículo 605 del Código Penal. Hubo, pues, mala aplicación del derecho por haberse aplicado disposición distinta de la que correspondía, y, como consecuencia, una pena enormemente mayor."

Se considera:

La contestación que el Jurado dio al cuestionario por homicidio, como ya se vio, fue la siguiente:

"Sí es responsable, en riña provocada por el acusado, pero en el momento de recibir golpes y heridas de personas que no se pueden determinar."

Si el Jurado no le hubiera agregado la frase: "en riña provocada por el acusado," no hay duda que el recurrente tendría razón en sus puntos de vista, y en solicitar la aplicación del artículo 605 del Código Penal, que es del siguiente tenor:

"El que siendo provocado por golpes, heridas u otra violencia contra su persona o la de alguna de las expresadas en el artículo 587, mate en el acto mismo al **provocador**, sufrirá una reclusión....."

De suerte que, de acuerdo con los términos de este artículo, para que pueda aplicarse, es necesario que el acusado haya sido el provocado, y en este caso fue precisamente el provocador.

Los golpes, heridas o violencias que sufrió, aun aceptando que en ellos hubiera tenido parte el occiso, fueron la consecuencia, hasta cierto punto natural de toda la riña. Sería injusto, e iría contra toda noción de equidad, que quien provoca la riña, es decir, quien con su conducta irrita los ánimos y da origen a la molestia y al disgusto, y además mata, pudiera aprovecharse en su favor y como circunstancia atenuante, de las violencias que, como reacción legítima, se ve obligado a causar el que ha sido provocado.

De suerte que aun cuando el veredicto contenga que el acusado es responsable de haber dado muerte, pero en los momentos de recibir golpes y heridas, antes expresó que se trataba de una riña provocada por el acusado; en orden cronológico fue, pues, primero la riña, provocada por él, y como consecuencia el homicidio que cometió y los golpes y heridas que a su vez recibió. De ahí que no se le pueda dar a la última agregación que ese veredicto contiene el alcance que pretende el señor apoderado y defensor, porque en esa forma sí resultaría la sentencia en abierta pugna con el veredicto.

La causa inmediata de los golpes y heridas que recibió Herrera en el curso de la riña, no fue, por tanto, como lo anota el Tribunal, la contestación que dio el Jurado, cuando dijo: "sí es responsable"; conclusión equivocada, que con acierto señala el recurrente; la responsabilidad siempre es consecuencia de todo acto y jamás causa; ésta, como ya se vio, fue la conducta provocadora de Herrera, por consecuencia de la cual se cometió el homicidio.

En contra de las declaraciones que el recurrente cita en su alegato para justificar sus puntos de vista, pueden, en cambio, mencionarse las de Manuel Antonio Quevedo, Eloísa Velásquez, Rosa Ruiz y Paulino Moreno, Rosalbina Velásquez, Angel María y Cecilio Rey, todos los cuales, como lo afirma acertadamente el Juez en el auto de proceder, "afirman que Desiderio Herrera atacó a Santos Velásquez y le dio la puñalada, sin que de parte de éste hubiera mediado ofensa ni agresión de ninguna especie." Seguramente, el Jurado, que no está sometido a tarifa legal de pruebas en sus apreciaciones, le dio gran valor a esos testimonios.

En cuanto al doble delito de heridas por que fue condenado Herrera, se acusa también el fallo por estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

En relación con este punto se alega lo siguiente:

"El veredicto dice:

'Sí es responsable, pero en riña.'

"La sentencia del Tribunal afirma que debe considerarse la riña como provocada por Desiderio Herrera, pues aunque el Jurado nada dijo al respecto, **parece** haberse remitido a la respuesta del cuestionario por homicidio.

"Basta recordar lo que se dijo acerca del alcance de los términos de ese veredicto.

"Las frases o palabras de un veredicto no deben tomarse en el sentido estricto, sacramental, que tiene cuando las emplea la ley. Tan cierto es esto, que conforme al artículo 668 del Código Penal, 'provoca o promueve riña o pelea el que excita, reta o desafía a otro a reñir con él de obra.....'

"¿Dónde podría señalarse un acto de Herrera de excitación, reto o desafío a Santos Velásquez o a otro de sus contendores?

"¡En ninguna parte!

"Hago mérito del **relato sobre la verdad** de los hechos ocurridos, para decir que sería suprema y notoriamente

injusto decir que Desiderio Herrera **provocó,** en el sentido en que la ley lo toma y lo prescribe, riña alguna.

"Efraím Quevedo, Santos Velásquez y dos individuos más atacaron a Desiderio Herrera, 'dándole garrotazos con zurriaga' (folios 4, 5, 9 y 32). Luego, si puede decirse que hubo riña, era una pelea desigual, de cuatro contra uno, provocada por Santos Velásquez, Efraím Quevedo y dos sujetos más, que atacaban a palo a Desiderio Herrera (citas hechas). Y no puede ampliarse el veredicto para imputarle la provocación al acusado.

"Debe, pues, interpretarse el silencio, oscuridad o duda, ya sea en cuanto a los hechos mismos ya en cuanto a la aplicación del derecho, en favor del reo.

"Consecuencia de derecho.

"Ha debido aplicarse la tercera parte y no la mitad de la pena señalada, de acuerdo con el artículo 661 del Código Penal, considerando a Herrera como provocado."

Se considera:

Si, como ya se vio atrás, el Jurado al declarar la responsabilidad de Herrera en el homicidio, reconoció que había sido el provocador de la riña, y si por consecuencia de ésta se verificó el homicidio y las heridas que el sindicado causó a Quevedo y a Hernández, según lo relatan los testigos últimamente mencionados, no es posible llegar a la interpretación que se pretende, o sea la de considerar como provocado a Herrera, porque tal interpretación iría contra la que consta en el proceso y aun contra el derrotero que señaló el Jurado, al contestar el primer cuestionario.

Por su parte, el señor Procurador, amplia y razonadamente combate la tesis del recurrente, concepto que se ha estudiado y tenido en cuenta con toda atención y cuidado.

Ese mismo funcionario plantea una dificultad en la última parte de su concepto, mas como aquí no ha surgido, se deja su resolución para su debida oportunidad.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma por lo tanto, la sentencia recurrida.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

El señor Viteliano Olaya Manrique presentó acusación contra el Magistrado del Tribunal de Bogotá, doctor Fernando Segura, por violación de ley con motivo de la sentencia que contra él pronunció esa entidad, con fecha abril veintiuno de mil novecientos treinta y uno, y en que se le condenó a la pena de seis meses y quince días de reclusión, por el delito de abuso de confianza.

Cumplidas las formalidades previas, se abrió la investigación, la que se procede a calificar, perfeccionada como se encuentra, y oídos como han sido el acusador y el señor Procurador, quien conceptúa que debe sobreseerse.

Conviene advertir que la acusación se encaminó de preferencia a estudiar violaciones de ley en cuestiones más bien accesorias y hasta cierto punto de escaso valor en el curso del procedimiento, como adelante se verá.

Después de transcribir en la demanda de acusación copias, principalmente de algunas cartas que el señor Olaya dirigió al Magistrado sustanciador, doctor Segura, relacionadas con su asunto y con la sentencia proferida contra él, de todo lo cual es difícil deducir las verdaderas bases o fundamentos de sus cargos, concluye así:

"Primero. El Magistrado acusado violó en la sentencia lo dispuesto por el artículo 843 del Código Judicial, al hacer caso omiso y guardar silencio para sancionar como lo ordena el artículo 1718, con relación a las irregularidades cometidas en el proceso.

"Segundo. El Magistrado acusado, doctor Fernando Segura, violó en la sentencia lo que dispone el artículo 1719 del Código Judicial, pues a pesar de haber sido solicitado por mi defensor, en memorial dirigido a éste, el auto para mejor proveer, con el fin de averiguar el perjurio en que habían incurrido algunos testigos, éste no se dictó; y

"Tercero. El señor Magistrado acusado, doctor Segura, violó directamente lo dispuesto por los artículos 363 de la Ley 105 de 1890 y 75 de la Ley 100 de 1892."

El primer cargo, o sea la violación del artículo 1718 del Código Judicial, por haberse omitido sancionar irregularidades cometidas en el proceso, no se determinan y explican en qué hayan consistido ellas, como lo anota en su exposición el doctor Segura, ni la Corte las encuentra, a pesar del examen detenido que ha hecho del proceso original que se pidió oportunamente.

En cuanto a que se violó el artículo 1719 del Código Judicial, por no haberse dictado auto para mejor proveer "con el fin de averiguar el perjurio en que habían incurrido algunos testigos, no obstante haberse pedido," se observa:

El defensor del señor Olaya, en vista de que el testigo Esteban Castillo manifestó que una firma que se encuentra en un papel que figura al folio 5 del cuaderno de pruebas respectivo, no sabía si era puesto por él o nó, solicitó que se dictara un auto para mejor proveer, con el objeto de aclarar esta cuestión.

El Tribunal pudo y debió consignar en el fallo las razones que hubiera tenido para no acceder a ese pedimento; mas ese silencio no alcanza a fundar cargo alguno, y mucho menos el de violación del artículo 1719 del Código Judicial, porque éste no se refiere a los autos para mejor proveer, y porque el dictar éstos o nó, constituye una simple facultad para el Tribunal y no una obligación que deba cumplirse necesariamente a petición de parte interesada. Tampoco aparece que Castillo se hubiera perjurado en forma que hubiera habido necesidad o motivo para que se ordenara la investigación correspondiente.

Como tercer cargo se indica el haberse violado lo dispuesto en los artículos 363 de la Ley 105 de 1890, 75 de la Ley 100 de 1892 y 1725 del Código Judicial, sin que se exprese el motivo o motivos de lo que ha sido una simple afirmación.

Oficiosamente ha estudiado la Corte, porque esa es su obligación, si por otros aspectos se cometió en el proceso seguido al señor Olaya, algún hecho delictuoso que aca-

rreara responsabilidad a los funcionarios que en él intervinieron, principalmente de parte del Magistrado sustanciador doctor Segura, y no lo ha encontrado, antes bien, se observa que el Tribunal disminuyó la penalidad impuesta por el Juez de primera instancia con criterio imparcial y justiciero.

Señala el señor Olaya como irregularidad, que ha debido sancionarse, la forma como se constituyó la fianza de costas que prestó el acusador en el proceso que al primero se le siguió, y de que se ha venido hablando. Ni siquiera explica el modo como a su juicio ha debido constituírse esa seguridad, que a juicio de la Corte estuvo bien constituída, por haber quedado garantizados los derechos del acusado con la consignación del dinero que se señaló como cuantía de costas, en el caso de haber sobrevenido condenación por ellas.

Siendo de carácter muy individual la responsabilidad estrictamente penal, aun cuando un fallo sea proferido por varios Magistrados, puede suceder, y sucede a veces, que sólo uno haya incurrido en ella, y entonces no se ve la necesidad de que forzosamente haya de seguirse la investigación contra todos.

Así se desprende de los propios términos del artículo 1825, cuando dice que "si el hecho u omisión que motiva la causa de responsabilidad fuere de una corporación, se procederá contra los miembros de ella, que de los documentos o pruebas acompañadas al denuncio o queja aparezcan culpables."

Como cabeza visible de la corporación que dictó la sentencia contra el señor Olaya, y seguramente por haber sido el sustanciador, escogió al doctor Segura para acusarlo, y como llenó las formalidades previas que exige la ley se le admitió y dio curso a la acusación.

A pesar de que el señor Olaya no tiene razón en sus acusaciones, y por lo mismo no pueden prosperar, tal cosa no significa, sin embargo, que ellas sean falsas o temerarias y que por tal motivo haya de condenársele en costas; en lo más íntimo de su conciencia es probable que se sienta inocente del delito que se le imputó y por el cual fue condenado; con fundamento o sin él sigue creyendo que se trataba o se trató de una cuestión civil, que no tenía aspecto criminal, y en esa creencia, perfectamente disculpable, y que debe ser mirada por todos, y con mayor razón por los que fueron sus jueces, con imperturbable serenidad, estimó ofuscada, y desde luégo equivocadamente, según se vio, que existía responsabilidad en el Magistrado del Tribunal a quien le correspondió sustanciar el negocio, y para hacerla efectiva, en su concepto, acudió a los recursos que la ley le otorga a todo ciudadano. Eso es todo y nada más.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente en favor del doctor Fernando Segura, Magistrado del Tribunal de Bogotá, por los hechos de que fue acusado y de que trata el presente informativo.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial**, archívese el expediente y devuélvase el que se pidió al Juzgado 1º del Circuito en lo Criminal, con carácter devolutivo.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, julio treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir sobre la responsabilidad que por el delito de homicidio cometido en la persona de Pastora García, se sindicó a Jorge E. Losada, le fue propuesto por el señor Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Buga, el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Jorge E. Losada es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntariamente, en un acto primo, a Pastora García, a quien causó veinte heridas con arma cortante y punzante, siendo la mayor parte de ellas de naturaleza esencialmente mortal; hecho que tuvo lugar el día diez y ocho de enero de mil novecientos treinta, en el caserío denominado **Motezuma**, jurisdicción del Municipio de Sucre, comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado contestó por unanimidad de manera sencillamente afirmativa.

Sobre este veredicto, dictó el señor Juez de derecho su sentencia de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y uno por la cual condena al acusado Jorge E. Losada, calificada su delincuencia en segundo grado, a la pena principal de nueve años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelada la sentencia del Juez por el defensor del reo, fue el asunto al Tribunal, y esta entidad, después de un prolijo estudio de él, lo confirmó en todas sus partes.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el mismo defensor del sentenciado recurso de casación, el cual le fue concedido, y en tal virtud llega el proceso a esta Superioridad, en donde, después de pasar por los trámites establecidos legalmente, se entra a estudiarlo en el fondo para resolver lo que fuere del caso.

En el escrito remitido a este Despacho durante el traslado que aquí se le corrió, sostiene el recurrente, invocando la causal primera del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, que se violó la ley penal sustantiva, por cuanto que se aplicó una disposición distinta de la que correspondía aplicar. En este sentido manifiesta que no es aplicable al presente caso el artículo 600 del Código Penal, sino el 613 de la misma obra, comoquiera que, según él, se trata de un homicidio involuntario cometido por imprevisión. Al respecto trascribe lo alegado ya por él ante el juzgador de segunda instancia, y hace algunas otras consideraciones, todas tendientes a expresar que, cometido un determinado hecho delictuoso en estado de embriaguez, y hallándose, consecuencialmente, privado del uso de la razón el agente que lo ejecuta, ese delito tiene por causa el descuido o la imprevisión de tal agente al embriagarse.

Lo anterior, en resumidas cuentas, es lo mismo que ya había aducido el recurrente ante el Tribunal Superior, como se acaba de decir. Entonces el Tribunal dijo acertadamente acerca de lo expuesto por el defensor en la segunda instancia:

"El defensor alega, para sustentar la apelación, que como Losada cometió el delito en estado de embriaguez, debe tenerse el hecho como involuntario, ya que no está demostrado que hubiera libado licor con ánimo de que se produjera en él la intoxicación que produce tal be-

bida, y que siendo esto así, "hay que convenir en que la acción imputada a Losada es involutaria, por el estado de enajenación mental en que se hallaba, sin que esta afirmación pugne con el artículo 30 del Código Penal, si se interpreta con buena hermenéutica, disposición que da a entender que la embriaguez debe presumirse voluntaria, porque basta que el acusado haya tomado licor con el objeto de embriagarse para que sea completamente responsable de los delitos que cometa, aunque haya perdido del todo el uso de la razón.

"Precisamente, porque el inciso 2º del artículo 30 del Código Penal establece la presunción legal de la voluntad en la embriaguez, toca a quien se le impute un hecho cometido en tal estado, demostrar que en él se puso involuntariamente, y como Losada en manera alguna ha demostrado esto, la alegación carece de fundamento.

"Además, no cabe otra base para apelar de una sentencia dictada en desarrollo del veredicto de un Jurado que la injusticia notoria de éste o una errónea aplicación de la ley penal; pues motivos como el alegado por el señor defensor están ya fuera de la consideración de los Jueces de Derecho.

"En sentencia proferida el ocho de marzo de mil novecientos veintinueve, dijo la Corte Suprema de Justicia, en relación con un argumento semejante, alegado como fundamento de motivo de casación:

'La sentencia es violatoria de la ley penal, dice la demanda de casación, porque apareciendo que en los momentos del suceso el acusado estaba privado del uso de la razón, por encontrarse en estado de embriaguez, la disposición aplicable no era el artículo 600, sino el 613, por tratarse de un homicidio involuntario.'

"Con mucha candidez olvida el recurrente que los Jueces de Derecho tienen que aplicar la ley penal en armonía con el veredicto, y como éste declaró la responsabilidad de Villalba en un homicidio simplemente voluntario, mal puede sostenerse la aplicación del artículo 613, que trata del que mate por ligereza, descuido, etc.; esta argumentación no pasa de ser un simple recurso de defensa, desprovisto de toda seriedad y fundamento."

A más de lo que precede, es conveniente observar en relación con el presente caso, como dice el señor Procurador, "que el Jurado declaró la responsabilidad del acusado respecto de un homicidio voluntario, y que si se le hubiera llevado en la sentencia al campo del involuntario, el Juez y el Tribunal habrían quebrantado integralmente el veredicto, y entonces el fallo hubiera quedado viciado de incongruencia con dicho veredicto, y colocado en el caso de la causal cuarta de casación del artículo 3º de la Ley 118 de 1931. De donde resulta que, en el caso de que pudiera admitirse la tesis de que la embriaguez que se alega es causa exculpativa o por lo menos modificativa de la entidad punible la causal procedente habría sido la de haberse dictado la sentencia sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, y no la de ser la sentencia violatoria de la ley penal, por aplicación indebida del artículo 600 del Código de las penas."

De manera que si al Jurado se le propuso, de conformidad con el auto de proceder, un cuestionario sobre responsabilidad por homicidio voluntario; si el Jurado afirmó esa responsabilidad unánimemente; si no hay dónde deducir la involuntariedad de la embriaguez, ni menos aún que de ésta proviniera involuntariamente la muerte de la agredida, sino más bien todo lo contrario, por las características que acompañaron al hecho delictuoso, relativas a haberse sustraído el acusado a la acción preventiva de la policía, al número de heridas causadas a la agredida, etc., es indudable que no sólo resultaría improcedente la aplicación del artículo 613 del Código Penal, que contempla casos muy distintos del que se trata, sino que el solo hecho de invocarlo ni siquiera surge con espontaneidad lógica de las claras constancias del informativo, toda vez que la disposición aplicada por los juzgadores de instancia, es una consecuencia lógica, esa sí, y perfectamente jurídica, de las pruebas de autos, del veredicto formulado en armonía con el enjuiciamiento y de la nítida respuesta del Jurado.

Cuanto a lo alegado por el recurrente, como violación de la ley, por haberse calificado la delincuencia en segundo grado, debe manifestarse que aun cuando aquél no demuestra porqué debe hacerse la calificación en el menor grado, ni destruye, por lo mismo, las agravantes deducidas en contra del sentenciado, éstas sí se hallan acreditadas suficientemente en el informativo; pues en lo que atañe a la crueldad con la víctima, es notorio y está comprobado en el expediente, que no sólo la acribilló de heridas, haciendo uso de arma tan impropia, como un formón, para cometer hechos de esa clase, sino que, además, la arrastró luégo por los cabellos en forma bien cobarde, hasta el interior de la casa. Y no se diga que por no tratarse de homicidio premeditado, la circunstancia de la crueldad no puede tenerse en cuenta, porque ya se ha dicho muchas veces por la Sala, que ésta, como otras, es circunstancia agravante general que, demostrada, puede tenerse en cuenta en cualquier delito, como el de que se trata.

Además, no se puede desconocer tampoco la existencia de estas otras dos agravantes, claramente establecidas en la ley como tales: el sexo femenino de la víctima y su indefensión en el momento de ser atacada (numeral 10 del artículo 117 del Código Penal). Y no importa que el número de atenuantes fuera mayor, porque el artículo pertinente de la ley penal sustantiva, no exige sino la concurrencia de circunstancias de entrambas clases para que la calificación deba hacerse en segundo grado.

Lo anterior es bastante para que se vea cómo no puede casarse la sentencia recurrida por ninguno de los motivos alegados por el recurrente, sino que, por el contrario, ella debe mantenerse firme en todas sus partes, por hallarse estrictamente ajustada a la ley y a las circunstancias procesales.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo cinco de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En grado de consulta y por tratarse de negocio en que tiene interés la Nación, ha venido a la Sala Dual, de

acuerdo con las disposiciones de la Ley 103 de 1923, el auto de fecha nueve de octubre de mil novecientos veinticuatro, dictado por el señor Magistrado sustanciador, que decreta la nulidad de lo actuado y decreta también la cancelación de las inscripciones de embargo, hechas con motivo del juicio, y el levantamiento del depósito de los bienes embargados.

Tramitado el recurso de acuerdo con la citada Ley, ha llegado la oportunidad procedimental de decidir acerca de su mérito, y a ello se procede, previas las consideraciones que siguen.

Base del incidente propuesto por el señor doctor Pedro María Carreño, en su carácter de apoderado de Cortissoz, Correa & Compañía, de Barranquilla, fue la orden de pago expedida a favor del Tesoro Nacional y a cargo de la Sociedad mencionada, con fecha tres de marzo de mil novecientos veintitrés, por la suma de doscientos mil pesos oro colombiano, por los intereses de dicha suma, al doce por ciento anual, desde el diez y seis de julio de mil novecientos veintidós, hasta que se verifique el pago, y por las costas del juicio; orden que dictó el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Sirvió como recaudo ejecutivo la copia del reconocimiento hecho por el señor Tesorero General de la República a favor del Tesoro Nacional y a cargo de la compañía mencionada, por la suma dicha y por sus intereses, como valor del producto mínimo que debe pagar dicha sociedad, como administradora delegada de la renta de Salinas marítimas, en el primer semestre de mil novecientos veintidós; y la copia de la escritura pública número 641, otorgada el siete de abril de mil novecientos diez y nueve ante el Notario 2º de esta ciudad, en que consta la cláusula j) del respectivo contrato, cláusula por la cual la Compañía ejecutada se comprometió "a responder al Gobierno de que el producto líquido de la renta de Salinas marítimas que se encarga de administrar no será inferior en cada año a la suma de cuatrocientos mil pesos ($ 400,000) oro, y a pagar al Gobierno la diferencia que resultare en caso de que ese producto líquido no alcanzare a la mencionada suma."

Fundamentos de hecho de la petición de nulidad de lo actuado fueron éstos:

"1º El Gobierno Nacional delegó en la persona de Cortissoz, Correa & Compañía, la administración de las salinas marítimas del Atlántico, en los términos y de conformidad con el contrato que se hizo constar en la escritura arriba citada y que fue luégo modificado en el sentido de los Decretos 815, de 15 de abril de 1919; 1466, de 26 de julio de 1920, y 1712, de 13 de septiembre de 1920; Decretos que fueron aceptados por los contratantes.

"2º El Gobierno Nacional y Cortissoz, Correa & Compañía, esto es, las partes contratantes, celebraron el contrato de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos veintidós, modificativo del de mil novecientos diez y nueve, prenombrado contrato el último, en el cual, entre otras estipulaciones, se hizo constar ésta:

'Segunda... Es entendido que las diferencias entre el Gobierno y el contratista, en relación con el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de mil novecientos diez y nueve, y con la interpretación de éste, serán resueltas por el Poder Judicial y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en lo que les corresponda conforme a las leyes.'"

Como razones de derecho se adujeron las disposiciones de los artículos 1602, 1603, 1618 y 1746 del Código Civil; 40, 145, 156 y 157 del Código Judicial; 123 y 136 de la Ley 105 de 1890, y la Ley 56 de 1914.

La providencia que se revisa contiene el siguiente análisis de los fundamentos de hechos y de los de derecho, que la Sala acoge por encontrarlo acertado en sus apreciaciones jurídicas. Dice:

"El artículo 4º de la Ley 56 de 1914 es del siguiente tenor:

'Los Jueces de Ejecuciones Fiscales conocerán en ejercicio de la jurisdicción coactiva, no sólo de los negocios a que se refiere el artículo 407 del Código Fiscal, sino de cualesquiera otros en interés de la Nación, que les encarguen la Tesorería General de la República u otra entidad de Hacienda Nacional, ya proceda el crédito de contratos o convenios celebrados por el Gobierno o sus Agentes con los extinguidos Estados, con los Departamentos o con particulares, o de otra causa legal, durante la existencia de la República, siempre que el contrato o convenio respectivo no establezca prohibición determinada en el particular, o no fije una jurisdicción exclusiva.'

"De acuerdo con los términos de este artículo, no puede desconocerse que el Juez de Ejecuciones Fiscales que profirió el mandamiento ejecutivo, tenía jurisdicción para conocer del presente juicio en virtud de la comisión que le confirió el señor Tesorero General de la República, en tanto que las partes contratantes no hubieran establecido prohibición alguna al respecto, o no hubieran pactado una jurisdicción especial.

"Mas precisamente esto último es lo que ha ocurrido en el caso que se considera, puesto que las partes contratantes, por medio de la cláusula segunda que ya se conoce, de la convención de veintinueve de mayo de mil novecientos veintidós, modificativa del contrato primitivo, fijaron la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial y de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en lo que les correspondiera conforme a las leyes, para la solución de las diferencias que surgieran entre dichas partes en relación con el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de mil novecientos diez y nueve, y con la interpretación de la expresada convención.

"De forma que la citada cláusula sustrajo del conocimiento de los Jueces de Ejecuciones Fiscales los juicios que, como el presente, versen sobre cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de mil novecientos diez y nueve, no estando, como no están, acordes las partes acerca de tales obligaciones.

"El señor Procurador General arguye que de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en el primitivo contrato celebrado entre el Gobierno y Cortissoz, Correa & Compañía, deben entenderse incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, que como las leyes fiscales relativas a la administración de las rentas públicas, como la de salinas marítimas, son de orden público, no pudieron tales leyes derogarse ni modificarse por medio del contrato de mil novecientos veintidós, de acuerdo con el principio consagrado en el artículo 16 del Código Civil.

"A esto cabe observar que el artículo 4º de la Ley 56

de 1914, que atrás se reprodujo, autorizó de manera general para fijar contractualmente una jurisdicción distinta de la coactiva para los negocios judiciales referentes a créditos a favor del Estado, procedentes de contratos o convenios celebrados por el Gobierno o sus agentes en los extinguidos Estados, con los Departamentos o con particulares, sin excepción alguna por razón de la naturaleza del crédito; lo cual patentiza que el legislador no ha considerado como asunto de orden público lo relativo a la jurisdicción, aunque se trate de créditos de carácter fiscal.

"Como ya en un asunto del todo análogo al presente, ventilado entre las mismas partes, se estudió muy ampliamente el problema de la jurisdicción, la Sala no estima necesario entrar aquí en ulteriores consideraciones, por cuanto las que en tal ocasión se hicieron son en un todo pertinentes al caso que aquí se contempla."

Como la materia sujeta a la discusión está perfectamente dilucidada y ninguna razón nueva en contrario se ha presentado, sin necesidad de otros comentarios que sobran por inútiles, es el caso de confirmar, como en efecto se confirma en todas sus partes, la providencia de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvanse los autos.

ENRIQUE A. BECERRA—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Con el carácter de curadora de sus menores hijos Ranjel, Rodrigo y Robinson Rivera, la señora Ana L. Rivera solicitó del Juzgado del Circuito de Plato licencia para rematar un predio rústico denominado **El Ejemplo**, situado en el Municipio de Plato.

El Juzgado ordenó la venta en pública subasta del referido inmueble, y señaló fecha para el remate respectivo.

Antes de esa fecha, el Fiscal del Tribunal de Santa Marta, en nombre y representación de la Nación, promovió demanda ordinaria contra los expresados menores representados por su curadora, ante el Tribunal del indicado Distrito Judicial, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que se anule por incompetencia de jurisdicción del Juez toda la actuación seguida en el Juzgado del Circuito de Plato, para autorizar la venta del terreno denominado **El Ejemplo**, que es el mismo de la estación de bombeo del Oleoducto en Plato, como de propiedad de los menores Ranjel, Rodrigo y Robinson Rivera, por haber conocido en primera instancia del asunto, teniendo parte la Nación; y

"2ª Que es nula la autorización para vender el terreno denominado **El Ejemplo**, concedida en los autos de fechas doce de mayo de mil novecientos veintisiete, treinta de agosto de mil novecientos veintisiete y diez y nueve de octubre de mil novecientos veintiocho, del Juzgado del Circuito de Plato, a los menores Ranjel, Rodrigo y Robinson Rivera, por objeto y causa ilícitos, por tratarse de un bien nacional no enajenable."

Los hechos los expuso así:

"1º Por Decreto número 1818 del Poder Ejecutivo, en el año de mil novecientos veinticuatro, se reservó para el Estado, para ser explotados como bosques nacionales y destinados también a los usos y servicios públicos, los terrenos baldíos existentes a lo largo del trazado del Oleoducto, y comprendidos en una zona de 1,530 metros de ancho a cada lado de la línea del trazado o eje del Oleoducto, pero en donde la distancia de esta línea y la orilla del río Magdalena fuere menor de 1,530 metros, el defecto se compensará tomándolo del lado opuesto del Oleoducto, de manera que la superficie reservada tenga una anchura de 3,060 metros.

"2º Por Resolución ejecutiva número 103 de 1926, el Gobierno consideró ser de propiedad nacional el terreno denominado **El Ejemplo**, en Plato, comprendido dentro de la zona reservada, y en el cual está la estación de bombeo del Oleoducto, construída por la Andian National Corporation Limited.

"3º El terreno denominado **El Ejemplo** mide cincuenta hectáreas, alinderado así: por el Norte, con **La Florida**, del doctor J. W. Acosta, y **El Alambre**, del señor Rómulo Saumet; por el Sur, con el camino de Tenerife; por el Este, con **El Alambre**, de Saumet; y ni antes ni después del Decreto 1818 de 1924, no han probado los menores ni sus representantes, el derecho de dominio fingido en la solicitud que hicieron para vender el bien dicho.

"4º El terreno **El Ejemplo** dicho, no fue adjudicado por la Nación ni a los menores Rivera ni a su causante Hipólito Rhenals, siendo baldío.

"5º Los autos del Juzgado del Circuito de Plato concediendo la venta del citado terreno **El Ejemplo**, son contrarios, y tratan de desconocer los efectos del Decreto 1818 de 1924, del Poder Ejecutivo, basado en el artículo 103 del Código Fiscal y el artículo 19 de la Ley 119 de 1919, porque siendo una reserva del Estado no puede enajenarse como bien de particulares, ni por éstos."

El derecho lo funda en los artículos 1519, 1521, inciso 1º, y 1523 del Código Civil; 1741 ibídem, artículos 60, 103 y 106 del Código Fiscal; 19 de la Ley 119 de 1919; artículo 123 de la Ley 105 de 1890, e inciso 1º del artículo 7º de la Ley 169 de 1896, así como también en el Decreto ejecutivo número 1818 de 1924.

Admitida la demanda y surtidos luégo los trámites propios del juicio, el Tribunal de Santa Marta dictó la sentencia que lleva fecha trece de noviembre de mil novecientos treinta, por medio de la cual declara que no es nula la actuación del Juez del Circuito de Plato al autorizar la venta del terreno denominado **El Ejemplo**, de propiedad de los menores ya expresados; y que no es nula la autorización para vender el mismo terreno a ellos concedida en los autos de fechas doce de mayo y treinta de agosto de mil novecientos veintisiete, y diez y nueve de octubre de mil novecientos veintiocho.

Notificada esa sentencia al señor Fiscal, apeló de ella para ante la Corte, recurso que le fue concedido en el efecto suspensivo.

Debe, pues, dictarse el fallo de segundo grado, ya que se ha surtido la tramitación propia señalada por la ley.

Toda acción, cualquiera que sea su naturaleza, entraña el ejercicio por parte del actor de un derecho cuya efectividad pide éste a la justicia. Para que ese derecho se pueda reconocer judicialmente, es menester que el demandante tenga la acción correspondiente. Consiguientemente, lo primero que debe estudiarse para fallar un

litigio, es si a la parte actora le ha concedido la ley la acción por ella ejercitada, pues si esta cuestión fuere resuelta negativamente, no habrá lugar a entrar en el estudio de las pruebas y demás elementos del juicio.

No habiendo la Nación sido parte en las diligencias sobre autorización para la venta de la finca raíz, que se sustanciaron y fallaron en el Juzgado del Circuito de Plato, y a que se contrae la presente litis, carece ella de interés jurídico en el asunto relativo a la autorización precitada, desde luégo que la sentencia que allí se haya dictado, cualquiera que ella sea, no puede perjudicarle, aun en el evento de que la Nación sea dueña de la finca a que tales diligencias se refieren. Y no puede perjudicarle porque, con arreglo al artículo 846 del Código Judicial vigente en la época en que se dictó ese fallo, "la sentencia dada en un pleito no perjudica sino a los que litigaron por sí o legalmente representados, o a sus herederos, o a sus legatarios, si éstos lo son de la misma cosa que fue materia del pleito, y a los que posteriormente adquieran de aquéllos la dicha cosa por cualquier título....." Y según lo preceptuado en el artículo 847 ibídem, "si sobre cosa ajena se moviere pleito a alguno que fuere tenedor de ella, y fuere éste vencido, la sentencia pronunciada en dicho pleito no perjudicará al dueño, haya o no tenido noticia del pleito, y podrá reclamar la cosa de quienquiera que la tenga....." Y si la Nación carece de interés en el particular, por el mismo hecho carece también de acción para demandar la nulidad de las referidas diligencias, conforme al aforismo jurídico de que donde está el interés está la acción.

Por tanto, la sentencia que se revisa, en cuanto es absolutoria, esto es, en cuanto se abstiene de hacer las declaraciones pedidas en la demanda, merece la aprobación de la Corte.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, procediendo de acuerdo con el concepto del señor Procurador, confirma la sentencia a que se ha venido haciendo referencia.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Obrando en representación del Departamento de Antioquia y por orden del respectivo Gobernador, el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en libelo de fecha veintidós de febrero de mil novecientos veintinueve, demandó al señor Ricardo Rodríguez L. para que, mediante los trámites del juicio ordinario, con audiencia de éste se hicieran por el Tribunal dicho, estas declaraciones:

"1º Que un ojo o fuente de agua dulce que nace en terrenos de propiedad del Departamento, en la finca llamada **La Ladera**, cuyos linderos se describen en el número 1º de los hechos fundamentales de esta demanda, en una meseta situada en la parte alta de dicha finca, hacia el lindero sur de la misma, es de propiedad exclusiva del Departamento.

"2º Que otro ojo o fuente de agua dulce que nace en la misma finca, pocos metros más abajo del descrito en el número anterior, es de propiedad exclusiva del Departamento.

"Subsidiariamente, que se declare que el Departamento de Antioquia tiene derecho de tomar las aguas de que se trata, dentro de su predio, siempre que las vuelva, sin salir de él, al cauce natural por donde corren dichas aguas.

"3º Que el señor Ricardo Rodríguez L. está obligado a que el sobrante de las aguas que toma de la quebrada **Blanquizal** para el servicio doméstico de su propiedad, descrita en el número 3º de los hechos fundamentales de esta demanda, vuelva al acostumbrado cauce, a la salida de su fundo.

"4º Que el señor Rodríguez, demandado, debe pagar las costas de este juicio."

Como hechos fundamentales de su acción, el señor Fiscal señaló los siguientes:

"1º El Departamento de Antioquia es dueño de una finca territorial, situada en este Distrito, llamada **La Ladera**, cuyos linderos actuales son los siguientes:

'De la quebrada **Gallinazada**, lindero con propiedades de Martín Chalarca y Salvador Angel, sigue de travesía, lindando con predios de Rosa Restrepo y Luis Eduardo Cárdenas, a la Calle de Guarne, donde está la entrada de la finca; de allí, lindando con propiedades de Martín Puerta, Félix Mejía, Domitila Puerta, Francisco Cardona, Magdalena Patiño, Pastor Urquijo, Fernando Yepes, Francisco Rojas, Concepción Mesa, Sara A. de González, Laurencio Orrego, Dolores Gómez, José María Vásquez, Ramón Caruso, José Restrepo, Natalia de Pineda, Mercedes y Amelia Castañeda, Leonardo Gutiérrez, Manuel Zapata, Pastor González, Antonio Burgos, Samuel del Valle, Jesús A. Velásquez, Francisco de P. Fernández, Miguel A. Ríos, al lindero con propiedad de Ricardo Rodríguez L.; lindando con éste por la quebrada de **Blanquizal** hasta el camino de Guarne; por éste, a lindar con propiedad del doctor Teodoro Castrillón; de aquí, por la quebrada llamada **Gallinazada**, lindando con propiedades de Santiago Ortiz y Carlos Vásquez, al lindero con propiedad de Lázaro Botero, y de allí, para abajo, hasta encontrar la propiedad de Martín Chalarca, primer lindero.'

"2º Dicho inmueble fue adquirido por el Departamento, por compra hecha a los señores Juan Crisóstomo y Gustavo Posada y María Josefa Villa de Posada, según escritura número 1078, de veintiuno de septiembre de mil ochocientos noventa y cinco, pasada ante el Notario 2º de este Circuito, por los siguientes linderos:

'A linde con la calle que conduce para Guarne, con terrenos que eran de José María Peña y Juana González, y hoy son de María Molina, Vicente Balcázar y Teresa Patiño, lindando con el terreno de los últimos por un cerco de piedra que hay; tomando luégo la quebrada **Blanquizal**, por ésta, arriba, a una chamba; y por ésta, arriba, a una cañada que linda con la finca de los Muñoces; cañada abajo, lindando con tierras que fueron del señor Felipe Mejía, por el cerco de piedra que hay construído, incluyendo también un callejón de propiedad de la finca, que pasa por delante de la de Jerónimo Cárdenas y otra de Telésforo González, para dar a este inmueble más fácil salida a la calle principal, evitando la barranca que se presenta por el frente.'

"3º El señor Ricardo Rodríguez L. es dueño de una finca territorial llamada **Villa Betsa**, también situada en este Distrito, a linde, por la quebrada de **Blanquizal**, con la propiedad descrita en los números anteriores, y cuyos linderos generales son:

'Por el Sur, con el camino que conduce a Guarne; por el Oriente y Norte, con propiedad del Departamento, antes de don Vicente Villa, y por el Occidente, con propiedad del señor Domingo Jaramillo, propiedad que adquirió el señor Rodríguez L. por escrituras números 1307, de treinta de octubre de mil novecientos ocho, pasada ante el Notaro 2º de este Circuito, y 1178, de veintiuno de septiembre de mil novecientos catorce, otorgada en la misma Notaría.'

"4º En la parte alta de la finca del Departamento, descrita en el número 1º, en una especie de meseta u hondonada, hacia el lindero sur de la misma, es decir, hacia la parte donde linda la propiedad descrita en el número 3º, hay un ojo de agua dulce, que anteriormente no tenía corriente, sino que se estancaba, formando ciénaga, situada en su totalidad dentro de los linderos de la propiedad del Departamento

"5º En la misma hondonada, y algunos metros más abajo del ojo de agua de que se habla en el número anterior, existe otro ojo de agua dulce, que, como el de que se acaba de hablar, no tenía corriente, sino que se estancaba, formando ciénaga, en su totalidad dentro de los linderos de la propiedad del Departamento.

'6º Hace algún tiempo el señor Ricardo Rodríguez L. u otra persona, por sí o por sus dependientes, zanjeó la ciénaga u ojo de agua descrito en el número 4º, haciendo que las aguas viertan a un cauce natural, que es el mismo de la quebrada **Blanquizal**, que separa los predios del Departamento y del señor Rodríguez; cauce por el cual continúan corriendo en dirección Oriente-Occidente.

"7º También el ojo de agua o ciénaga de que trata el numeral 5º de estos hechos fundamentales, fue zanjeado como el anterior, haciendo verter las aguas al cauce natural, de que se habla en el numeral anterior.

"8º La quebrada **Blanquizal**, después de servir de lindero entre las propiedades del Departamento y del señor Rodríguez, descritas en los numerales 1º y 3º de estos hechos fundamentales, desde la cabecera de dichas propiedades, atraviesa parte de la ciudad de Medellín y desemboca en la quebrada **Santa Elena.**

"9º Hace algún tiempo el señor Rodríguez tomó, por medio de un cauce artificial, parte del agua de la quebrada **Blanquizal** para los usos domésticos de la casa que tiene en su finca descrita en el número 3º.

"10. Dicha toma de agua y acueducto artificial, de que se habla en el número anterior, se encuentra en lugar en donde todavía sirve de lindero dicha quebrada entre los predios del Departamento y del señor Rodríguez, y a considerable distancia más abajo del lugar donde se encuentran los ojos o fuentes de agua de que se trata en los números 4º y 5º.

"11. El señor Rodríguez no vuelve las aguas que toma en la quebrada **Blanquizal**, después de usarlas en su predio, y dentro de él, al cauce natural de dicha quebrada.

"12. La propiedad del Departamento es en parte más baja que la del señor Rodríguez, y es riberana hasta bastante más abajo del lindero inferior de esta última propiedad, por cuyo motivo tiene éste interés en que dichas aguas vuelvan a su cauce natural."

Como fundamentos de derecho presentó las disposiciones de los artículos 669, 677, 892 y sus concordantes del Código Civil.

Corrido traslado de esta demanda al señor Rodríguez, la contestó, admitiendo algunos hechos, explicando otros y negando los señalados bajo los números 1º, 2º, 6º, 11 y 12, y concluyendo con su oposición a las declaraciones pedidas.

Señalados de este modo los elementos de la controversia, siguió el juicio los trámites que le son propios con la recepción de las pruebas que fueron pedidas, los traslados correspondientes, la respectiva citación para sentencia que el Tribunal dictó el once de noviembre de mil novecientos treinta, absolviendo al señor Ricardo Rodríguez L. de todas las peticiones que contiene la demanda de que se ha hecho mérito; y en cuanto a la petición subsidiaria, declarando que el demandado había adquirido por prescripción derecho preferente al uso del agua, limitado a la cantidad de agua captada hasta la fecha de la demanda y no a cantidades mayores; puesto que el Departamento conservará su derecho de riberano para usar del sobrante de las aguas, de acuerdo con las leyes.

Como en el acto de la notificación de este fallo el señor Fiscal interpuso recurso de apelación, subieron los autos a este Despacho donde, rituada la instancia de acuerdo con la ley, con la recepción de nuevas pruebas solicitadas por el señor Procurador General de la Nación, previas las consideraciones que siguen, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

El Tribunal sentenciador, para fundar su fallo, hizo el siguiente análisis de las pruebas presentadas por las partes y de las disposiciones sustantivas en que se funda la acción.

"El Departamento de Antioquia adujo como pruebas las siguientes:

"**a)** Una copia de la escritura pública número 1078, otorgada el veintiuno de septiembre de mil ochocientos noventa y cinco, ante el Notario 2º de Medellín. Tiene constancia del registro legal. Por medio de este instrumento, el Departamento compró el predio a que se hace referencia en la demanda, como de propiedad de la entidad demandante (folios 2 y 3).

"**b)** Las declaraciones de Federico Agudelo (folio 23), Luis E. Monsalve (folios 23 y 24), Claudio Martínez (folios 24 y 25), José Zapata López (folio 32), y Gregorio Cuartas (folios 34 y 35).

"**c)** Las posiciones que absolvió el demandado (folios 27 y 28).

"**ch)** Una inspección ocular de la Sala de Decisión, con intervención de peritos (folios 45, 46 y 52).

"**d)** Una copia de la escritura pública número 1950, otorgada el veintisiete de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, ante el Notario 2º de Medellín."

El demandado aduja éstas:

"**a)** Una copia de la escritura pública número 1307, otorgada el treinta de octubre de mil novecientos ocho, ante el Notario 2º de Medellín (folios 12 y 13). Tiene nota de registro. Gabriel Echeverri Villa vende un inmueble a Domingo Jaramillo A. y Ricardo Rodríguez L.

"**b)** Una copia de la escritura pública número 1178,

ctorgada el veintiuno de septiembre de mil novecientos catorce ante el Notario 2º de Medellín (folio 13). Tiene nota de registro. Domingo Jaramillo A. vende a Ricardo Rodríguez L. la mitad de una finca raíz.

"**c)** Una nota suscrita por el doctor Alfredo Cock A., Secretario de Hacienda del Departamento.

"**ch)** Las declaraciones de Florencio Zapata (folios 55. 56 y 65), Abraham Castrillón (folios 56 y 57), Manuel Guzmán (folios 57 y 58), y Gonzalo Angel (folio 10).

"**d)** Unas copias tomadas de querella de policía entre las mismas partes y sobre este mismo asunto (folios 61 a 63).

"Sobre la propiedad y posesión de las fincas a que se refieren los hechos 1º, 2º y 3º de la demanda, están de acuerdo las partes. Estas sólo están en desacuerdo respecto del lindero común de las dos fincas; pues el Departamento sostiene que ese lindero es la quebrada **Blanquizal**, mientras que el demandado afirma que es un vallado, que se encuentra a la margen derecha de dicha quebrada."

"Pero el esclarecimiento de este punto no puede ser hecho ahora por el Tribunal, porque éste ni es un juicio de deslinde ni de reivindicación de terrenos. Para lo que tiene influencia en la acción entablada, es suficiente considerar que el demandado es riberano de la quebrada, y que el Departamento también lo es, aunque no resulte claro si lo es o nó en toda la extensión del lindero común.

"Los ojos de agua dulce a que se refieren los hechos 4º, 5º, 6º y 7º, nacen en propiedad del Departamento. Las partes están de acuerdo en ello, y las demás pruebas llevan a la misma convicción.

"Pero que esas fuentes formaran antes ciénagas, sin desagüe, y que sólo vinieron a correr hacia la quebrada **Blanquizal** después de que el demandado abrió zanjas con ese fin, es cosa que no está probada. Eso no lo afirma ningún testigo. Según los peritos, la corriente actual hacia la quebrada es natural, aunque el cauce puede haber sido limpiado o mejorado. En igual sentido exponen los testigos de Rodríguez L.

"Los hechos 8º y 9º fueron aceptados por el demandado. También aceptó el hecho 10, salvo en lo relativo a que la quebrada sea el lindero común en el punto donde el demandado toma el agua de la quebrada.

"El demandado vuelve las aguas sobrantes a un zanjón, zanjón éste que cae a la quebrada dentro del mismo predio. El Departamento es riberano de la quebrada hasta bastante más abajo del lindero inferior de la propiedad de Rodríguez L. Esto está plenamente probado.

"Según el artículo 677 del Código Civil, los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión y de uso público, con excepción sólo de las corrientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pues éstas pertenecen al dueño de las riberas.

"Los ojos o fuentes de agua de que se trata, no son de los que, según la disposición citada, pertenecen exclusivamente al dueño del terreno. Ellos nacen en predio del Departamento, pero no mueren dentro de él, pues el agua cae a la quebrada **Blanquizal** o **Aguadita**, en un punto en donde ésta no tiene otra agua y toca el predio del demandado. El agua sigue corriendo por ese cauce natural, por entre las propiedades de las partes, al menos en algunos puntos. Estos hechos quedaron comprobados con la inspección que el Tribunal verificó sobre el terreno, con el dictamen del perito Echavarría, quien dice que el origen de la quebrada son los dos ojos de agua (folio 52), con la declaración del testigo Agudelo (folio 23), quien se expresa en forma semejante; con las de Gonzalo Angel y Benjamín Alzate, quienes afirman que la quebrada nace en terrenos del Departamento, y con el dictamen rendido por los peritos en la querella de policía.

"De todo esto se concluye que las fuentes de agua en disputa no son sino el nacimiento de la quebrada **Aguadita**, y que son de uso público como la quebrada misma, ya que no mueren en terreno del Departamento. Por este motivo no se podrán hacer las declaraciones principales distinguidas con los números 1º y 2º.

"La declaración subsidiaria se podría hacer, ya que, como se dijo antes, ambos litigantes son riberanos (artículo 894 del Código Civil), pero el demandado se opone a ello, fundándose en la primera de las limitaciones establecidas por el artículo 893 ibídem, o sea por haber adquirido por prescripción el derecho a usar de las aguas.

"La prescripción, por un lapso de más de diez años, está probada con las declaraciones de Gonzalo Angel y Florencio Zapata.

"A la petición tercera principal tampoco se podrá acceder, porque el demandado sí vuelve a la quebrada el sobrante de las aguas a la salida del fundo, aunque no lo hace directamente, sino juntándolas a las de otra corriente que cae a la quebrada. Si las aguas vuelven al cauce limpias o sucias, es materia que no se incluyó en la demanda

"La declaración cuarta, sobre costas, no procede, siendo negadas las otras."

Acerca de las pruebas aducidas en esta instancia, el señor Procurador General de la Nación las analiza así:

"Hablo en el juicio que contra el señor don Ricardo Rodríguez L. promovió el Departamento de Antioquia, relativo a la propiedad y uso de unas aguas.

"Con las declaraciones de testigos, la inspección ocular y el dictamen de los peritos nombrados en esta instancia, así como con la copia de la querella de policía que se trajo a los autos, he llegado al convencimiento de que en este negocio no se encuentra la legalidad y justicia de parte de mi representado, el Departamento de Antioquia. Porque con estas pruebas, que confirman las pruebas del demandado, ha quedado establecido plenamente que los ojos de agua de que habla el señor Fiscal no son sino el nacimiento natural y origen único de la quebrada **Blanquizal**, y que no constituyen naturalmente pequeñas lagunas o pantanos, cuyas aguas no saldrían del predio del Departamento sin el auxilio de canales artificiales. Las aguas sobre que versa este litigio son, pues, de uso público, pues naturalmente atraviesan dos heredades. El señor Ricardo Rodríguez L. ha comprobado que por un lapso mayor de diez años ha hecho uso de esas aguas, limitando de este modo, por la prescripción, el derecho que a participar de las mismas le correspondía al Departamento. En consecuencia, hallando ajustada a la legalidad y a la equidad la sentencia del honorable Tribunal Superior de Medellín, no puedo oponerme a que sea por la honorable Corte confirmada."

Como ningún otro aspecto jurídico nuevo se ha presentado en esta instancia que pudiera ser materia de debate y de decisión, la Corte considera suficientes las razones aducidas por el Tribunal y por el señor Procurador, y sin necesidad de otras, la Sala de Negocios Ge-

nerales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida y de que se ha hecho mérito.

Sin costas.

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

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo once de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En virtud de apelación oportunamente interpuesta por el doctor Justino Moncó, demandado en este juicio, ha venido a esta Superioridad la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha doce de septiembre último, en el incidente de excepciones propuestas en el juicio ejecutivo que a dicho señor y a los señores Ernesto Vélez A. y Antonio Caicedo H. les sigue la Nación.

El negocio tiene el siguiente origen:

Ernesto Vélez A. fue nombrado Habilitado de las Comisiones de Trazado y Localización de la Sección 1ª del ferrocarril del Norte, y para posesionarse y ejercer el cargo hubo de constituír fianza, la que llevó a efecto dando como fiadores a los señores doctor Justino Moncó y Antonio Caicedo H.

Como la Contaduría de la Empresa del Ferrocarril dedujera a cargo del señor Vélez, en su carácter de Habilitado Pagador de las Comisiones expresadas, un alcance por la suma de mil ciento un pesos con cincuenta y cinco centavos, por medio de resolución que le fue notificada legalmente y no pagara el valor de él, las diligencias fueron remitidas al Juzgado 2º de Ejecuciones Fiscales Nacionales para hacer efectivo el pago por jurisdicción coactiva. El Juez pronunció el auto de veinticuatro de julio de mil novecientos veintiocho, por medio del cual libró ejecución contra el principal responsable y contra los fiadores. Estos propusieron las excepciones de falta de acción, error de cuenta y además, todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida, si alguna vez existió y que aparezca probado en el incidente.

El Juzgado remitió a su vez el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, quien dictó la sentencia de que arriba se habló, declarando no probadas las excepciones propuestas.

En memorial en que se propusieron éstas, dice:

"Apoyamos estas excepciones en los siguientes hechos:

"El día tres de diciembre de mil novecientos veinticinco, nos constituímos fiadores del señor Ernesto Vélez A., por los alcances que contra él resultaran por razón del empleo de Habilitado de las Comisiones de Trazado y Localización de la Sección 1ª del Ferrocarril Central del Norte, para que debía haber sido nombrado.

"Por Resolución número 151 de nueve de diciembre de mil novecientos veinticinco, dictada por el Gerente del Ferrocarril del Norte, se dispuso:

'Artículo 1º Créase el puesto de Habilitado Proveedor de las dos Comisiones de Trazado Preliminar y Localización, con un sueldo de un (sic) ciento ochenta pesos, y nómbrase para desempeñarlo al señor Ernesto Vélez A., y téngase este nombramiento como definitivo, ya que el señor Vélez ha prestado la fianza reglamentaria.

'Artículo 2º El puesto de Habilitado de la Comisión de Trazado Preliminar, creado por la Resolución número 133 de diez y siete de agosto último, considérase suprimido.....'

"De este cargo (Habilitado Proveedor) tomó posesión el señor Vélez ante el señor Gerente, como aparece de la diligencia respectiva, el nueve de diciembre de mil novecientos veinticinco.

"Como consta del documento que sirve de base al recaudo ejecutivo, nosotros nos obligamos como fiadores del señor Vélez por un empleo distinto, determinado con toda precisión. La circunstancia de estar otorgada la fianza por razón de este empleo, no nos obliga a responder de las consecuencias de cualquiera otro que se le haya dado, sin haber mediado, como no medió, nuestro consentimiento. En cuanto a nosotros, pues, esta obligación no tuvo efecto, porque el objeto de ella varió sustancialmente.

"En estas circunstancias, y ya despreocupados por las consecuencias de la tal fianza, el Poder Ejecutivo, por Decreto número 1412 de veintiséis de agosto de mil novecientos veintiséis, es decir, ocho meses después de firmado el documento, crea el puesto de **Habilitado de la Comisión de Trazado y Localización de la Sección primera del Ferrocarril Central del Norte**, y nombra al señor Ernesto Vélez A. para desempeñarlo. De este nuevo empleo tomó posesión el señor Vélez el día primero de septiembre del mismo año, en Bucaramanga, ante el señor Gobernador.

"¿El documento que suscribimos como fiadores del señor Vélez el tres de diciembre, para un puesto que por ese entonces no se le dio, nos obliga en alguna forma, sin consultar nuestra voluntad, a las consecuencias de los empleos de manejo que posteriormente le dieran? Estimamos que si el empleo para que lo fiamos no existía en la época en que suscribimos el documento, tal fianza no pudo tener ningún efecto.

"Pero aun admitiendo en gracia de discusión que la fianza tuviera algún efecto, que no lo tiene, ocurre que en nota número 385 de quince de diciembre de mil novecientos veintiséis, el Gerente de la Empresa del Ferrocarril le comunica al señor Vélez 'que por Decreto ejecutivo número 2021 de este mes, ha sido suprimido el puesto que usted ha estado ejerciendo. Por tal motivo ruego a usted que se sirva entregar a la mayor brevedad posible los fondos y las cuentas existentes en su poder, a las entidades respectivas.'

"Tenemos que en este puesto, que si fuera el caso, sería del que tendríamos que soportar las consecuencias, sólo duró el señor Vélez del día primero de septiembre de mil novecientos veintiséis, fecha en que tomó posesión ante el Gobernador, hasta el mes de diciembre del mismo año en que fue suprimido el puesto, es decir, tres meses y unos días. ¿De dónde, pues, procede el derecho para perseguir de nosotros ejecutivamente la suma de mil ciento un pesos con cincuenta y cinco centavos, por alcances deducidos contra Vélez, en el período comprendido del doce de diciembre de mil novecientos veinticinco hasta el ventiocho de febrero de mil novecientos veintisiete?"

El documento de fianza es del siguiente tenor:

"Los suscritos, Ernesto Vélez A., Justino Moncó y Antonio Caicedo H., mayores de edad, varones y vecinos, declaramos:

"Ernesto Vélez A. ejerce el cargo de Habilitado de las Comisiones de Trazado y Localización de la Sección primera del Ferrocarril Central del Norte, y a dicho empleado corresponde la función de manejar dinero de la Empresa, Justino Moncó y Antonio Caicedo H. se obligan como fiadores mancomunados y solidarios de Ernesto Vélez A., para responder a la Empresa del manejo de éste por los fondos que se le entreguen y por cualquier alcance que le resulte.

"En consecuencia, Justino Moncó y Antonio Caicedo H., en su carácter de fiadores solidarios, quedan obligados a pagar a la Empresa cualquier alcance o saldo que resulte a cargo de Ernesto Vélez y el pago lo harán en el acto mismo en que la Empresa, por medio de su legítimo representante, liquide dicho saldo o alcance.

"Para los efectos fiscales, se fija la suma de dos mil pesos ($ 2,000) moneda corriente, como caución. Bien entendido que la cuantía de la caución no quita el efecto a los puntos expresados en este documento.

Para constancia firmamos el presente documento ante testigos, en Bogotá, a tres (3) de diciembre de mil novecientos veinticinco (1925).

"Ernesto Vélez A. — Justino Moncó—Antonio Caicedo H.—Testigo, Pedro J. Rivera—Testigo, Alfonso Arbeláez."

Ha de decidirse, pues, si debe entenderse que los fiadores se constituyeron tales para responder del manejo de Vélez A. en el cargo en que se dedujo el alcance, teniendo en cuenta los términos del documento de fianza y los cambios de denominación del expresado cargo, o si, por el contrario, han quedado en virtud de esos factores relevados de sus obligaciones.

Las denominaciones e historia del empleo que Vélez desempeñó en la Empresa del Ferrocarril están claramente determinadas en los documentos traídos a los autos y tenidos como pruebas, y pueden resumirse así:

El nueve de diciembre de mil novecientos veinticinco se posesionó del cargo de Habilitado Provedor de las Comisiones de Trazado y Localización en el sector Puerto Santos, ante la Gerencia de la Empresa, cargo para que se le nombró por la misma Gerencia, según Resolución número 551 de la misma fecha.

El quince de diciembre de mil novecientos veintiséis, el Gerente del Ferrocarril comunicó a Vélez A., erradamente, por medio del oficio número 385-A, que por el Decreto ejecutivo número 2021 de ese mes, había sido suprimido el cargo de Habilitado que él estaba ejerciendo. Se dice erradamente porque el Decreto citado por el Gerente que aparece publicado en el **Diario Oficial** que forma los folios 23 a 26 del cuaderno de las excepciones, debidamente autenticado, no hace tal supresión.

El primero de septiembre de mil novecientos veintiséis se posesionó, ante el Gobernador de Santander del Sur, del cargo de Habilitado de la Comisión de Trazado y Localización de la Sección primera del Ferrocarril Central del Norte.

Antes de pasar adelante, conviene expresar aquí algunos argumentos expuestos por los excepcionantes en el alegato de conclusión, ya que en él cambiaron de concepto y trazaron un camino diferente al que habían iniciado al proponer las excepciones, acerca de la existencia, el día tres de diciembre, del empleo para que constituyeron la fianza.

En el primero sostienen que la fianza no tuvo efecto porque el empleo para que fiaron a Vélez no existía en la época en que suscribieron el documento, y en el último dicen que cuando otorgaron el documento de fianza, "ya desempeñaba Vélez el cargo concreto, preciso y determinado a que venía a adherir la fianza que constituímos."

Sostienen, pues, que Vélez desempeñaba el tres de diciembre un cargo de Habilitado para el cual constituyeron la fianza, distinto del a que se refiere la Resolución número 551 y la posesión que tomó el nueve de diciembre, y que esta Resolución y el Decreto ejecutivo número 1412, por el cual se reorganizó la Comisión de Trazado y Localización de la Sección primera del Ferrocarril del Norte, variaron sustancialmente el objeto de la fianza.

El primer argumento consistente en que el documento de fianza fue suscrito el tres de diciembre para garantizar el manejo de Vélez A. como Habilitado y que seis días después fue creado el puesto de Habilitado Proveedor y se nombró a Vélez para desempeñarlo, carece de importancia, si se tiene en cuenta que el alcance le fue deducido no como Habilitado Proveedor, sino simplemente como Habilitado Pagador; y que conforme a una de las cláusulas del documento de fianza, los señores Moncó y Caicedo H. se obligaron como fiadores "para responder a la Empresa del manejo de éste (Vélez) por los fondos que se le entreguen y por cualquier alcance que le resulte."

El otro argumento, consistente en la variación sustancial de la fianza, haciéndola más gravosa, lo resumen así:

"Las funciones del Habilitado en toda clase de empresas o corporaciones se reducen a presentar a la entidad respectiva la documentación correspondiente para que les sea suministrado el dinero necesario para pagar determinado número de empleados, y el Proveedor recibe los dineros que sean necesarios para comprar los víveres y demás artículos de primera necesidad que debe suministrarles a las personas que indiquen los decretos o reglamentos de la respectiva Empresa. En el primer caso corre menos riesgos y peligros el fiador, porque los empleados que debe pagar el Habilitado ejercen, por las circunstancias en que están colocados, las funciones muy naturales y previsión (sic) de fiscales, y así, cualquier desfalco se conoce inmediatamente. No ocurre lo mismo en el segundo caso, porque la intervención del empleado es mucho más distante, más indirecta, toda vez que el Proveedor se entiende directamente es con el vendedor del artículo, para luégo suministrarlo al empleado. En ese caso el peligro para el fiador es mayor, porque de los desfalcos que sobrevengan sólo se tiene conocimiento, generalmente, cuando el Proveedor rinde sus cuentas. De suerte que si la fianza se nos hubiera solicitado para responder por las consecuencias de estos dos empleos, nosotros no la habríamos suscrito."

El anterior argumento desaparece ante la consideración ya expuesta de que el alcance que ha servido de base a la ejecución no le fue deducido a Vélez A., en su carácter de Proveedor, sino simplemente en el de Habilitado.

A más de esto, los excepcionantes no han traído a los autos prueba alguna de que las funciones, atribuciones y obligaciones del Habilitado Proveedor de las Comisiones en referencia sean diferentes de las del Habilitado de las mismas Comisiones, y del contexto de las resoluciones de nombramiento, diligencias de posesión y decretos de reorganización, etc., se deduce rectamente que el empleo referido ha sido uno solo, aunque haya tenido distintas denominaciones. Ahora bien, como el Decreto ejecutivo número 1412 citado tuvo por objeto únicamente reorganizar la Comisión de Trazado y Localización y en él se nombró 'Habilitado de la Comisión' al señor Vélez A., y como en el Decreto posterior del Ejecutivo, número 2021 de tres de diciembre de mil novecientos veintiséis, que reorganiza nuevamente los servicios de la Sección primera del Ferrocarril, no se hizo alusión al cargo de Habilitado que desempeñaba el señor Vélez ni a éste, y antes bien, en el inciso último del artículo 2º se dice textualmente:

"Los demás empleados continuarán en el ejercicio de los puestos que han venido desempeñando," se deduce también rectamente que el señor Vélez continuó desempeñando el empleo referido con las mismas atribuciones, facultades y responsabilidades.

En resumen: no se demostró la existencia de ninguno de los medios que señala el artículo 2406 del Código Civil como causas de extinción de la fianza y, por consiguiente, las excepciones no pueden prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el presente expediente, el día doce de septiembre del año próximo pasado, lo que se hace administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en el órgano de la Corte y devuélvase oportunamente el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

El señor Jorge Cristo, vecino de Cúcuta, obrando en su carácter de socio administrador de la Sociedad Jorge Cristo & Compañía, del comercio de aquella ciudad, introdujo ante el Tribunal Superior de Pamplona demanda ordinaria contra la Nación para que por sentencia definitiva fuera condenada a pagar a la Sociedad nombrada la suma de cinco mil quinientos catorce pesos con treinta y dos centavos.

Los hechos generadores del derecho se expusieron como sigue:

"Primero. Haber depositado Jorge Cristo y Compañía, en la Aduana de Cúcuta, la suma de cinco mil quinientos catorce pesos con treinta y dos centavos, el día doce de enero de mil novecientos veinticinco.

"Segundo. Haber firmado el señor José Antonio Conde el certificado de depósito que acompaño a esta demanda.

"Tercero. Ejercer para la época de la firma del certificado de depósto, el señor José Antonio Conde, el cargo de Administrador Tesorero de la Aduana de Cúcuta.

"Cuarto. Haber tomado posesión el señor José Antonio Conde del cargo de Administrador Tesorero de la Aduana de Cúcuta el diez y seis de marzo de mil novecientos veintitrés, por ante el señor Gobernador del Departamento.

"Quinto. No haberse reconocido en la Aduana de Cúcuta hasta hoy la suma entregada por Jorge Cristo & C'.

"Sexto. Haber ordenado el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuando salió de Administrador el señor José Antonio Conde, que sólo en el caso de que este señor hubiera dejado en las cajas de la Aduana lo que había recibido, se le reconociera a mis representados lo que habían depositado.

"Séptimo. Haber manifestado el Administrador que reemplazó al señor Conde que éste nada había dejado en las cajas y por consiguiente, que no reconocía tal suma a mis representados."

Como razones de derecho se adujeron éstas:

"Todos los juristas admiten como axiomático que nadie puede enriquecerse sin causa, y tal pasaría en este caso si la Nación que recibió por medio de su delegado o mandatario no estuviera obligada a la restitución, y esta doctrina que nuestro derecho positivo hace aplicable (artículo 8º, Ley 153 de 1887), sería suficiente razón de la presente demanda, la cual encuentra apoyo en disposiciones legales múltiples, tales como el artículo 2186 del Código Civil y el artículo 46 de la Ley 42 de 1923.

"Por otra parte, ha sido costumbre en esta Aduana y en todas las de la República, que el Administrador reciba de los comerciantes anticipos con el fin de cubrir gastos del servicio público, siendo este un expediente fácil para aliviar en muchos casos necesidades inaplazables, lo cual es perfectamente legítimo y habla muy bien de los comerciantes."

El señor Fiscal del Tribunal evacuó el traslado de la demanda negando la causa o razón de ésta, oponiéndose fundamentalmente a las pretensiones del actor y haciendo valer la excepción dilatoria de inepta demanda, la que, previos los trámites pertinentes, se declaró no probada.

Agotada la tramitación peculiar de la instancia, profirió el Tribunal su fallo con fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta, quedando en él absuelta la Nación de los cargos contra ella deducidos en la demanda.

De dicha sentencia apeló la parte actora y concedido el recurso, subieron los autos a esta Superioridad. Por haberse dado ya al negocio el curso señalado en la ley procesal, pasa la Corte a dictar el fallo que le compete.

El documento exhibido por la sociedad demandante para acreditar la entrega de la cantidad cuya devolución reclama, aparece escrito en papel signado con el timbre y el sello de la Aduana de Cúcuta, y dice textualmente:

"Cúcuta, enero 12 de 1925

"Por $ 5,514-32.

"Vale a favor de los señores Jorge Cristo & Co., de esta plaza, por la suma de **cinco mil quinientos catorce pesos con treinta y dos centavos** ($ 5,514-32), que han introducido a la Caja de esta Aduana como depósito y que

será descontada del valor de los derechos de las mercancías que importe dicha Casa.

"El Administrador Tesorero,

"(Firmado), **J. A. Conde**"

El señor Procurador General de la Nación hace en su alegato de bien probado, la siguiente exposición que la Corte acoge:

"Admito que este documento haya sido expedido en realidad; admito también que la firma del señor J. A. Conde, que lo suscribe, sea la misma del Administrador Tesorero de la Aduana de Cúcuta; reconozco que éste, en la fecha en que lo otorgó, era Administrador de dicha Aduana, y no tengo inconveniente en aceptar que él prueba un verdadero depósito hecho por la Compañía Jorge Cristo en manos del otorgante. Pero niego que éste, al recibir el depósito mencionado, y por lo tanto al firmar el documento dicho, hubiera obrado en ejercicio de sus funciones de Administrador Tesorero de la Aduana.

"Si él hubiera obrado en ejercicio legítimo de sus funciones no habría más remedio que aceptar las peticiones de la demanda, porque en tal caso el dinero habría entrado a la guarda de la Nación y de su extravío hubiera sido responsable su Tesoro. Pero si no ejerció legalmente funciones oficiales al recibir el dinero y al otorgar el recibo, y al hacer esto ejecutó actos ajenos en un todo a sus facultades legales, si con ello cometieron, siquiera sea de buena fe, tanto él como el depositante, una irregularidad, no es razonable que venga a quedar obligada la Nación por las consecuencias de un contrato que ella no autorizó en forma alguna en el cual no tuvo parte, y de cuyos efectos ningún beneficio ha reportado.

"¿Obró el señor J. A. Conde en ejercicio legítimo de sus funciones al recibir el depósito y al otorgar el vale de que se ha hecho mérito? De acuerdo con el precepto constitucional de que no habrá en Colombia empleo alguno que no tenga funciones detalladas en ley o en reglamento, y con el precepto legal de que las autoridades no están facultadas sino para hacer lo que expresamente les está autorizado por las leyes o reglamentos respectivos, debiera haber en nuestra legislación una autorización especial a los Administradores de Aduana para celebrar contratos de depósito con los clientes y de imputar a ellos los impuestos que se causen; debiera encontrarse, digo, disposición semejante para que el proceder del Administrador hubiera sido legal y autorizado. Pero tal disposición no existe. El demandante y sus apoderados no han podido citar una sola que tuviera tal o semejante alcance. Tampoco el Gobierno ha concedido autorización a los Administradores de las Aduanas para celebrar dichos contratos. Así aparece en el informe rendido por el Ministro de Hacienda a solicitud del demandante:

'El Ministerio no ha dado facultad general ni especial a los Administradores de Hacienda o de Aduanas o a los empleados de manejo para recibir anticipos de impuestos o de derechos de aduana o de otros, con el fin de atender el pago del servicio del tren administrativo de la respectiva localidad' (folio 2 vuelto del segundo cuaderno de pruebas del demandante).

"A falta de leyes que autorizaran al Administrador, el demandante ha recurrido a la interpretación del artículo 1º de la Ley 97 de 1923 y del 45 de la Ley 42 del mismo año, para deducir que los Administradores tienen tal facultad, que expresamente ninguna ley les confiere. El artículo 1º de la Ley 97 dice:

'Los derechos por la importación de mercancías y los recargos legales deben pagarse antes de que sean entregadas éstas en la Aduana y oficina postal respectiva.'

"El apoderado del demandante deduce que este artículo confiere facultad de recibir depósitos previos para pagar impuestos que no se hayan causado todavía. Al hablar este artículo de derechos de importación y de recargos legales, como éstos no son tales sino cuando la importación se verifica, y al hablar de obligación de pagar, como no se puede pagar sino lo que se debe, claramente se ve que lo que en él se dispone es que con anterioridad a la entrega de las mercancías se paguen los impuestos y recargos ya causados; no que se tenga que depositar dinero antes para que con él se cubran los impuestos y recargos que puedan causarse en lo futuro.

"El artículo 25 de la Ley 42 del 23, dice:

'Salvo disposición en contrario, de los fondos recaudados oficialmente por cualquier empleado público, a cualquier título y en cualquier ocasión, deberá darse razón como fondos del Gobierno.'

"De esta disposición deduce el demandante que como fueron recibidos los fondos a que la presente causa se refiere por un empleado público, deberá darse razón de ellos como fondos del Gobierno. Para que se dé la obligación que aquí se establece, bien clara se ve la exigencia de que la recaudación se haga oficialmente, que es decir en ejercicio de las funciones de su oficio, y por lo tanto si no está ejerciéndolas el Recaudador, no hay que dar del dinero percibido la cuenta que este artículo demanda; luego para deducir su conclusión tuvo que suponer el demandante que el Administrador obraba en ejercicio de sus funciones públicas, que es lo que precisamente no ha podido probar.....

"Tan cierto es que no existe en nuestra legislación disposición alguna que autorice a los Administradores para constituírse en depositarios de los introductores, que el demandante mismo ha tenido que acudir a esta argumentación:

'Y sobre todo, lo que debería alegarse, es que los citados Administradores tenían prohibición de recibir sumas anticipadas, imputables al pago de derechos de importación; pero esa disposición legal no se ha citado, sencillamente porque no existe; y si no existe mal puede decirse que el Administrador obró fuera de sus atribuciones, porque en toda Recaudación, sea nacional, departamental o municipal, los particulares tienen el derecho de pagar anticipadamente sus impuestos, porque, repito, no hay ley que lo prohiba.' Esta argumentación no requiere que se comente.

"No está, pues, autorizado por las leyes el que los empleados de manejo celebren con los particulares contribuyentes contratos de depósito para responder de los gravámenes venideros. Y bien está que esta facultad no les corresponda, porque con ella podrían fácilmente sorprender la buena fe de los particulares, y harían responsable a la Nación de fondos cuya fiscalización sería poco menos que imposible.

"Considero, pues, que no habiendo obrado el Administrador Tesorero de la Aduana de Cúcuta al recibir el di-

nero de los señores Jorge Cristo & Compañía, en ejercicio legítimo de sus funciones, y no habiéndose comprobado por el demandante que la Nación hubiera recibido utilidad alguna de este depósito, no está ella en la obligación de responder de un contrato que no autorizó en ninguna forma, ni de reintegrar lo que en ninguna forma ha recibido."

A las claras razones que preceden, la Corte sólo estima conveniente agregar la de que el principal fundamento jurídico de la demanda, que es la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, solamente podría invocarse con éxito en el caso de que a la caja de la Aduana hubiera ingresado efectivamente la suma de que se trata y que ésta hubiera existido allí al tiempo de retirarse el Administrador que suscribió el recibo, o bien que se hubiera invertido en beneficio de la Nación, porque sólo en estos casos podría decirse que la Nación se hacía dueña de ese dinero sin causa, en perjuicio del demandante. Mas éste no ha intentado siquiera suministrar la prueba de tales hechos y antes bien parece dar por admitido que el señor J. A. Conde no dejó en la indicada caja la suma en referencia, según se desprende de los hechos sexto y séptimo de la demanda. No habiéndose demostrado que la Nación se haya beneficiado en forma alguna de la consignación de que se trata, tampoco hay fundamento para afirmar que ella se enriquece o ha enriquecido a costa de la Compañía demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia recurrida.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en el órgano de la Corte y devuélvase a su tiempo el proceso.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, junio dos de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

En escrito presentado ante el Tribunal Superior de Cartagena, el señor Fidel Castilla, por medio de apoderado, demanda a la Nación por el valor de los perjuicios que dice le causó ésta en unos potreros de su propiedad, situados en el Municipio de Soplaviento, perjuicios consistentes en la destrucción de los pastos y cercas y en la muerte de varios animales que allí tenía el demandante, causado todo por la inundación que sobrevino en tales potreros por los cortes practicados por la draga que funcionaba en el canal del Dique.

A la demanda se dio el curso legal en la primera instancia, y una vez agotada, el Tribunal dictó sentencia de fecha veinte de octubre de mil novecientos treinta, en la cual, después de reconocer que tan sólo había sido comprobado el hecho de los cortes en los terrenos del demandante pero no la inundación por causa de dichos cortes, condenó a la Nación a pagar los perjuicios por los susodichos cortes, perjuicios que debían estimarse en juicio separado. Por apelación del actor, vino el asunto a esta Sala de la Corte, en donde surtida la tramitación legal correspondiente, se procede a decidir lo que se estima legal. El señor Procurador de la Nación, en su vista de fondo que rindió, combate las pretensiones del demandante. De ella se transcriben los siguientes apartes que la Corte acoge por encontrarlos fundados:

"Según lo expuesto en la demanda, el hecho genitor de los perjuicios consiste en los cortes que la compañía encargada de la canalización del canal del Dique, por cuenta de la Nación, practicó en terrenos del demandante. Esto, según él, fue causa de la inundación que ocasionó los daños que se le imputan a la Nación.

"Consisten esos daños en lo siguiente, que puntualiza el señor Castilla en su libelo:

"1º El área total de la superficie de las tierras del demandador quedó disminuída en parte considerable, y por lo tanto disminuyó también su valor comercial. (Hecho quinto).

"2º Los potreros existentes en aquellas tierras sufrieron daños en los pastos, árboles y cultivos que había allá establecidos. (Hecho sexto).

"3º Los terrenos mencionados quedaron húmedos y pantanosos y por lo mismo inadaptados para la siembra de pastos, cultivo y árboles frutales. (Hecho sexto bis).

"4º Fueron destruídas varias cercas y corrales, y murieron más de veinticinco reses de varios tamaños. (Hecho séptimo).

"5º El alambre y las madrinas de las cercas se perdieron en su totalidad. (Hecho octavo).

"Para poder determinar ante todo si estos daños son imputables a culpa de la Nación, es preciso que exista la prueba inequívoca de que la causa determinante de ellos fueron los cortes practicados por cuenta de dicha entidad en la obra de la canalización. El demandante los atribuye a esta causa, y por consiguiente ha debido dar la demostración clara y precisa de que ésta fue y no otra. Es porque esa causa es apenas mediata, en tanto que la inmediata es la inundación que causó los daños. Puede suceder que el corte practicado en la obra de la canalización, haya sido causa determinante de la inundación. Pero también puede ser que esa causa esté vinculada a un fenómeno físico que haya hecho aumentar el volumen de las aguas que atraviesan por el Canal. En el primer caso, indudablemente sería la Nación responsable de los daños que ocasionó la inundación. En el segundo, injusto sería hacerla responsable de aquello para lo cual no tuvo culpa, ya que la responsabilidad civil en que se incurre por daños causados a las personas y a las cosas, tiene su razón fundamental en una culpa o en un delito que le sea imputable a la persona de quien se exige esa responsabilidad.

"Y es tanto más necesaria la demostración expresa de que la causa determinante de la inundación fue el corte en mención, si se tiene en cuenta que hay en los autos una constancia expedida por el Ingeniero Topógrafo de la obra de canalización, en la cual se expresa de manera muy clara que en los años anteriores los terrenos del señor Castilla se han inundado por las crecientes del Dique: Además, los mismos testigos que declararon por cuenta del demandante, al ser repreguntados por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena, dijeron que aquellos terrenos son anegadizos y que en otras ocasiones se han inundado.

"Pero esa prueba que era absolutamente necesaria, por ser la causa determinante de los daños, cuestión básica de la acción para que ésta pudiera prosperar, no fue traída al juicio por el demandante. En este orden se limitó

al aporte de unas declaraciones de testigos y éstos deponen que por causa del corte practicado hubo la inundación de los terrenos. Pero tales declarantes dejan sus testimonios desprovistos de toda razón que dé la convicción de la verdad de lo que declaran. Por otra parte, la determinación de que el corte practicado sea la causa de una inundación, no es cuestión de prueba testimonial, comoquiera que ésta sólo es admisible en cuanto se trata de hechos sujetos a la percepción de los sentidos, y no así cuando los hechos que se investigan tienen su vinculación científica, pues en caso tal han de ser sometidos al dictamen de expertos en la ciencia con aquellos hechos relacionada. Es evidente, de toda evidencia, que el hecho causa de la inundación, así sea el de los cortes practicados, o el de un fenómeno físico que haya hecho crecer el volumen de las aguas, obedece a cuestiones que caen bajo el dominio de la ciencia. Por consiguiente, a expertos en ella debió haberse sometido su examen, para que éstos determinaran precisamente cuál fue la verdadera causa de la inundación. Si esto no se hizo, es claro que no se ha dado la prueba de esa causa, ni puede aceptarse en tales circunstancias que la Nación haya tenido culpa y sea responsable de los daños ocurridos.

"Se ha creído que la exposición pericial en lo atinente al valor de cada uno de los daños causados, es la prueba por excelencia para que se condene a la Nación al pago de lo que determinó esa exposición. Pero fuera de que no se ha dado la demostración de la causa determinante de la inundación que tales daños causara, se deja sin tomar en cuenta la cuestión muy importante de que esta prueba pericial por sí sola no es la plausible para dar por verdadera la existencia de esos daños. Los peritos avaluadores tienen su acción limitada al avalúo de una cosa cuya existencia aparece demostrada. Pero si esta existencia no ha sido probada en los autos, de nada vale la referencia que los peritos hagan a la cosa para el efecto del avalúo. Es de todo punto indispensable que por otro medio resulte la comprobación de la existencia de lo que es materia del avalúo."

En verdad, la prueba de que los cortes de que se ha hecho referencia causaron la inundación, no se ha dado en este juicio en forma que produzca la convicción legal porque se pretendió establecerla con declaraciones de testigos, siendo así que este es un punto cuyo esclarecimiento es obra de los expertos o peritos, como acertadamente lo ha expuesto el Procurador de la Nación. En la inspección ocular practicada en la primera instancia, los peritos José Alcibíades Castillo y Sebastián Alonso procedieron a avaluar los diferentes perjuicios que cobra el demandante dando por probado el hecho de que la inundación de los potreros del demandante había sido causada por los cortes de la canalización, cuando lo que debieron hacer fue exponer sus conceptos sobre la materia, es decir, establecer la relación de causalidad entre los cortes y la inundación. Y eso fue lo que no hicieron, pues se atuvieron a lo que sobre este punto habían dicho los testigos, y ya está visto que la prueba testimonial no es apta para apreciaciones que requieren conocimientos o prácticas especiales. Porque los testigos deponen sobre los hechos sujetos a los sentidos, es decir, sobre lo que ven, oyen, gustan, huelen o palpan, al paso que los expertos o peritos exponen sobre lo que saben o **entienden** en armonía con los principios o reglas de la ciencia o arte a que pertenece el punto sobre que versa su dictamen.

No estando probado, pues, que la causa de la inundación fueran los cortes practicados en los terrenos del demandante con motivo de los trabajos de canalización del Dique, es inoficioso considerar los demás daños de que trata la demanda, comoquiera que éstos serían consecuencias de la inundación.

Lo único que está plenamente demostrado es que hubo un corte en terrenos del demandante, y ello ocasionó naturalmente una disminución en la superficie o área de aquéllos, pero tampoco se determinó la extensión disminuída, pues si bien los peritos hicieron la mensura del costado del potrero por el lado que colinda con el caño del Dique, operación que les dió una longitud de dos mil dos (2,002) metros lineales, se ignora cuál sea el área disminuída en atención a que no fijaron la anchura o latitud del corte. En este punto se atuvieron a la que dieron los testigos, pero éstos, según viene dicho atrás, no son los llamados a hacer esa clase de apreciaciones.

Razón tuvo el Tribunal, por tanto, en considerar como único perjuicio demostrado, la merma de los terrenos del demandante ocasionada por los cortes que en ella se hicieron, y en remitir a las partes a otra actuación para determinar en él la cuantía de tal perjuicio.

En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **falla:**

1º Condénase a la Nación a pagar al señor Fidel Castilla, a título de perjuicios, el valor del terreno que le fue mermado con motivo de los cortes hechos allí por el Gobierno para las obras de canalización del Dique y el de los pastos y árboles existentes en la superficie cortada, valores que serán fijados en la forma legal.

2º Absuélvese a la Nación de los demás cargos de la demanda. Queda así reformada la sentencia apelada.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase oportunamente el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Por auto de diez de septiembre de mil novecientos treinta, el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales decretó el embargo y retención, hasta nueva orden, de la tercera parte del sueldo que devenga Hernán Medina Peñuela como Juez de la Policía Nacional. Esta providencia se dictó en la ejecución que sigue la Nación contra el mencionado Medina Peñuela y otros como fiadores de Gabriel Vargas, también ejecutado.

El señor Heraclio Medina promovió articulación de desembargo de dicha tercera parte del sueldo embargado, y el Tribunal Superior de Bogotá, quien conoció del incidente, decretó el desembargo "de la tercera parte del sueldo devengado y que devengue el ejecutado como Juez de la Policía Nacional, desde la segunda quincena de septiembre de mil novecientos treinta hasta el veintitrés de agosto de mil novecientos treinta y dos, y dejó subsistente el embargo del mismo sueldo desde esta última fecha en adelante."

De este proveído que trae fecha de ocho de mayo de mil novecientos treinta y uno, apeló el Fiscal del Tribu-

nal, por lo cual viene el negocio a la Corte, en donde se procede a resolver lo que corresponda.

El Tribunal sentenciador dice, en apoyo de lo resuelto, lo que en seguida se transcribe:

"Sobre la validez de venta de sueldos futuros y su adquisición por el comprador en virtud de la notificación del traspaso al pagador, sentó la Corte Suprema de Justicia doctrina en la sentencia del once de diciembre, en que casó la pronunciada por este Tribunal en el juicio de tercería excluyente de Enrique Ramos Ruiz, en la ejecución de Evaristo y Roberto Herrera contra Luis Rubio Saiz, y confirmó la de primera instancia que reconoció al tercerista mejor derecho a los sueldos embargados en el juicio, y ordenó su desembargo y entrega."

Siendo el caso contemplado por la Corte idéntico al que ha dado origen a esta articulación, nada mejor puede hacer el Tribunal que transcribir la referida doctrina como fundamento de derecho de la resolución que va a pronunciar. Dice así la alta corporación nombrada:

"Siendo un crédito, en sentido estricto, una relación jurídica entre acreedor y deudor, y no habiendo en la esperanza de devengar un sueldo futuro una acreencia actual contra el que debe pagarlo, sino después de devengado, no puede reglarse esa relación por las disposiciones de los créditos personales, sino por las que regulan las relaciones generales 'sobre actos y declaraciones de voluntad,' entre las cuales está el artículo 1518 del Código Civil, que dice que 'no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan....'

"En armonía con esta disposición está el artículo 1869 de la misma obra, que establece que 'la venta de las cosas que no existen, pero se espera que existan, se entiende hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte.'

"En el caso contemplado, el doctor Rubio Saiz vende una cosa que sin estar en su patrimonio todavía, esperaba le llegaría, y para verificar la entrega de lo por venir y poder hacer efectiva la obligación condicional, se hizo sabedor del traspaso al que debía pagarla con la presentación de la escritura de compraventa, el cual, como aparece, convino en hacerle el pago al comprador."

Luégo el Tribunal, de su propia cosecha, agrega lo siguiente que esta Sala acoge por encontrarlo conforme con lo que aparece en los autos y con la doctrina que ella profesa sobre la materia, rectificando así la que, en contrario, hubiere expuesto con anterioridad.

"En el presente caso el articulante presentó como título de su derecho copia debidamente registrada de la escritura pública número 365, otorgada ante el Notario de Chía el veintitrés de agosto de mil novecientos diez y nueve. Consta en esa escritura que Hernán Medina Peñuela y Heraclio Medina, celebraron un contrato por medio del cual aquél transfirió a éste, a título de venta, todos los créditos futuros que por vía de sueldos nacionales, departamentales, municipales o particulares devengara durante el término de tres años, contados desde la fecha del instrumento, por la suma de dos mil pesos que el primero confesó recibidos a su satisfacción, y que el vendedor entregó al comprador los recibos respectivos, para que éste pudiera cobrar mes por mes los sueldos al Habilitado Pagador de la Policía Nacional, por ser esta la persona que le pagaba los sueldos al vendedor como Juez permanente de la Policía Nacional Judicial.

Como comprobante de la tradición por la cual adquirió los sueldos comprados, acompañó el articulante las diligencias originales de las notificaciones del traspaso hechas de orden del Juzgado 4º Civil de este Circuito, con exhibición del título referido, a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y Tesorero General de la República, el once de septiembre de mil novecientos veintinueve, y al señor Habilitado Pagador de la Policía Nacional, el doce de los mismos mes y año, a todos como representantes del futuro deudor, la Nación, por ser el sueldo que devengaba el vendedor un sueldo nacional.

Que el traspaso de los sueldos futuros se venía haciendo efectivo a medida que los sueldos iban siendo devengados, y que fue tenido en cuenta y cumplido por la Nación, resulta del certificado del Habilitado de la Policía Nacional, producido por el articulante en el término probatorio, del cual resulta que desde la segunda quincena de septiembre de mil novecientos veintinueve, o sea inmediata posterioridad a la notificación de la cesión al Habilitado, los sueldos de Medina Peñuela fueron pagados al articulante hasta la segunda quincena de septiembre de mil novecientos treinta, y que de esta segunda quincena en adelante, o sea desde que el Habilitado recibió comunicación del embargo, sólo se le han pagado al articulante las dos terceras partes del sueldo de Medina Peñuela.

Habiendo comprobado el articulante un título traslaticio del dominio de los sueldos que en parte están embargados en la ejecución y un modo legítimo de adquisición de los mismos como es la tradición simbólica efectuada por la notificación al pagador, debe accederse a lo pedido, pero únicamente respecto del tiempo a que se refiere el título del articulante."

El señor Procurador de la Nación reconoce que los artículos 1518 y 1869 del Código Civil, establecen la doctrina de que no sólo las cosas que existen, sino las que se espera que existan, pueden ser objeto de una declaración de voluntad, y que la venta de las que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir; pero objeta que la esperanza ha de ser fundada en la realidad de hechos positivos para que valga la venta.

No expresa la ley en ninguna parte la condición o las circunstancias que enuncia el señor Procurador como elementos esenciales para la existencia o validez de la venta de cosas futuras; y tan cierto es esto que sólo exige que sean comerciales, que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género, que la cantidad, aunque incierta, pueda determinarse de acuerdo con las reglas o datos del contrato, y que el hecho o hechos, si tal fuere el objeto del acuerdo, sea física y moralmente posible. Todo esto se cumple en la venta de los sueldos que el ejecutado hizo. Por consiguiente, no puede desecharse ni darse por no existente la estipulación contenida en la escritura pública en que se apoya el articulante, máxime habiéndose otorgado ésta cuando ya Medina Peñuela ejercía el cargo de Juez de la Policía Nacional. Para ello sería menester borrar de la legislación sustantiva los dos preceptos contenidos en los artículos 1518 y 1869 antes nombrados, o llegar a la imposible conclusión de que éstos nada significan.

De la venta de los sueldos se hizo sabedor, por medio de la respectiva notificación judicial, al Ministro de Ha-

cienda, al Tesorero General de la República y al Pagador de la Policía Nacional, empleado este último que paga los sueldos de los empleados del ramo.

El señor Procurador objeta esta forma de notificación y dice lo siguiente:

"Todavía más: siendo la cesión de créditos por sueldos nacionales, departamentales, municipales o particulares, serían la Nación, el Departamento, el Municipio, el particular, los deudores, y en caso tal la notificación de esa cesión debió hacerse a todos ellos. ¿Y cómo hacerla, si no se conocía siquiera cuál iba a ser el deudor? Pero concretando a la Nación por tratarse de haber embargado un sueldo que en el momento del embargo devengaba de ella el ejecutado, se observa que la notificación que aparece fue hecha al señor Ministro de Hacienda y al Pagador. Estos no son los representantes de la Nación para los efectos de notificación de una cesión al deudor. El representante de la Nación en estas cuestiones judiciales lo es el Procurador General de ella, o lo es en materia de obligaciones y contratos el Ejecutivo que lo constituye en cada caso el Presidente de la República con su respectivo Ministro. Por tanto, la tal notificación carece de valor, no existe, y el crédito pudo ser embargado válidamente en manos del cedente."

La Sala no acepta que la venta de sueldos futuros equivalga a la cesión de créditos personales, de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte, atrás transcrita; pero así y todo, aun aceptando la discusión en ese terreno, considera que no es fundado el razonamiento del señor Agente del Ministerio Público por las siguientes razones:

1ª Porque si bien es cierto que el Procurador representa a la Nación en juicio, en la fecha en que se hizo la venta de los sueldos futuros y en que se notificó esa venta, no se había promovido la actual ejecución.

2ª Porque no hay en la actualidad pleito ninguno entre Medina Peñuela y la Nación, sobre reconocimiento o pago de los sueldos del primero, único caso en que al haber hecho cesión de ellos a un tercero, habría sido necesario notificarla al Procurador de la Nación.

3ª Porque entre Medina Peñuela y la Nación no existe vínculo contractual ninguno para que fuera menester notificar al Gobierno la cesión o venta de sus sueldos como funcionario público. Las relaciones que nacen de la aceptación y ejercicio de un cargo oficial remunerado, son totalmente distintos de aquellas que provienen de los contratos o convenios; y

4ª Porque son las Oficinas Pagadoras las que en nombre de la Nación pagan los sueldos devengados por los funcionarios públicos, y por consiguiente son dichas oficinas las representantes de la Nación en ese acto y en esa prestación.

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema, en desacuerdo con el Procurador de la Nación, **confirma** la providencia apelada.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Luzardo Fortoul.

Me aparto de lo resuelto en el anterior proveído porque la Sala, por auto de once de noviembre de mil novecientos veintinueve, resolvió un caso tal, análogo al presente, que parece que los contratos que han servido de base a las respectivas articulaciones de desembargo, hubieran sido redactados por una misma persona, y porque los fundamentos de esa providencia no han sido destruídos en la anterior.

Dice el referido auto en lo pertinente:

"El articulante basa de manera especial su derecho en el artículo 204 de la Ley 105 de 1890, que en lo pertinente establece:

'Toda persona distinta de la ejecutada puede reclamar como suyos, sumariamente, los bienes de su pertenencia que hayan sido embargados en una ejecución. Tal solicitud se sustanciará como articulación, dando traslado tanto al ejecutante como al ejecutado. Si el articulante probare plenamente su derecho, se desembargarán los bienes; si no lo probare, continuarán embargados, pero podrá reclamarlos en juicio de tercería.'

"De los términos de esta disposición aparece que para que pueda prosperar una acción de desembargo ejercitada por la vía de articulación, es menester que el interesado acredite plenamente su dominio sobre los bienes por él reclamados.

"La prueba aducida por el articulante para justificar su derecho, acredita la venta efectuada a éste de todos los sueldos futuros que en el transcurso de tres años devengue el ejecutado de la Nación, del Departamento, del Municipio o de particulares, y en especial de los que a la fecha del contrato estaba devengando como Jefe de la Oficina de Crédito Público Municipal. Se trata, según esto, de la venta de bienes que en el acto del contrato no existían, pero se esperaba que existieran, y se rige consiguientemente por lo dispuesto en los artículos 1518 y 1869 del Código Civil. Con arreglo al primero de estos textos, no sólo las cosas que existen, sino las que se espera que existan, pueden ser objeto de una declaración de voluntad, y conforme al segundo, la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir. De estas disposiciones se deduce que la venta de sueldos futuros de que aquí se trata, es válida y tiene el carácter de condicional.

"En la legislación colombiana la compraventa es un título traslaticio de dominio, como lo dice expresamente el artículo 765 del Código Civil, en su inciso 2º, pero no es uno de los modos de adquirir el dominio, una vez que éstos son los que taxativamente enumera el artículo 673 del Código Civil, es decir, la ocupación, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

"Quien compra una cosa no se hace por ese sólo hecho dueño de ella; es menester, además, que se le haga la tradición o entrega de la cosa vendida. El contrato de compraventa en la legislación patria genera tan sólo derechos y obligaciones personales entre vendedor y comprador, mas no derechos reales, como el de dominio. Precisamente la primera obligación que por el contrato contrae el vendedor es la de transferir al comprador el dominio de la cosa vendida, obligación que se cumple por medio de la entrega o tradición de la misma cosa (artículos 1849 y 1880 del Código Civil). Mientras esta última no se consume, el comprador tiene tan sólo un derecho personal contra el vendedor para obligarlo a hacerle la tradición o entrega de lo que ha sido objeto del contrato.

Aplicando los anteriores principios al caso de autos, se tiene que el señor José Ignacio Holguín Maldonado,

por medio de la compra de que se viene hablando, adquirió los derechos personales que la ley le da al comprador contra el vendedor, mas no el carácter de dueño de los sueldos que fueron materia de la venta, el cual sólo puede adquirirlo mediante la tradición de lo vendido.

Véase ahora en qué forma debe efectuarse esa tradición. Como fueron sueldos futuros lo que se vendió y cómo el sueldo de una vez devengado constituye un crédito, o sea un derecho personal a favor del empleado respectivo y a cargo de la persona o entidad que debe pagarlo, es indudable que se trata de venta de créditos futuros. Con arreglo al artículo 761 del Código Civil, la tradición de los derechos personales o créditos que un individuo cede a otro, se verifica por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario, y si el crédito no consta en título, basta que se otorgue uno por el primero de éstos al segundo (artículo 33, Ley 57 de 1887).

"Mas para que se pueda efectuar la tradición o entrega de un crédito o de otra cosa cualquiera, es menester que tal cosa exista en el momento de efectuarse la tradición, una vez que lo no existente no puede ser materia de entrega.

"Síguese de lo anterior que no existiendo los referidos créditos en el acto del otorgamiento de la escritura en que se hizo constar la venta de aquéllos al actual articulante, no pudo realizarse la tradición o entrega de la cosa vendida al comprador, y consiguientemente éste no adquirió el dominio de tales acreencias.

"En otros términos: el contrato de venta de que da fe la escritura tántas veces mencionada, es válido y genera en consecuencia los derechos y obligaciones que entre comprador y vendedor se originan de dicha convención, según la ley civil; mas como al comprador no se le hizo ni podía hacérsele la tradición por no existir a la fecha del contrato los créditos que eran objeto de él, no ha adquirido aquél el dominio de los bienes que reclama. Y siendo necesario, según se vio atrás, para que prospere una articulación de desembargo, que el articulante acredite plenamente ser dueño de la cosa que desea sustraer de la traba ejecutiva, es indudable que la acción ejercitada en este incidente no se halla comprobada y debe en consecuencia ser resuelta negativamente."

Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos treinta y dos.

Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, junio veinte de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En el juicio ordinario que ante el Tribunal Superior de Pamplona tiene incoado por medio de mandatario el señor Abraham Martínez contra el Departamento Norte de Santander, para que se declare resuelto el contrato contenido en la escritura pública número 760, de treinta de agosto de mil novecientos veintiuno, pasada ante el Notario 1° de San José de Cúcuta, sobre explotación de la bebida denominada **maizola,** y para que se le indemnicen al demandante los perjuicios que el citado Departamento le ha ocasionado con la infracción de aquel contrato, propuso en tiempo el señor Fiscal del Tribunal las excepciones dilatorias, que denominó ilegalidad de la personería del demandante y cosa juzgada.

Tramitado el incidente, lo decidió el Tribunal en auto de cuatro de noviembre del año último, que remata así:

"Por las razones expuestas, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

"Primero. La excepción de ilegalidad de la personería, en cuanto se pidió que el demandante acreditara su identidad y la de transacción, no son procedentes.

"Segundo. Es procedente la primera de las excepciones nombradas, en cuanto el apoderado del demandante no ha acreditado su representación."

De este proveído se concedió al demandante apelación para ante la Corte, negada que le fue la revocación que de él solicitó. Y como el recurso se halla debidamente tramitado, procede la Corte a determinarlo, haciendo notar que el señor Procurador se ha pronunciado por la confirmación de la providencia recurrida.

Habiendo sido propuestas las excepciones bajo la vigencia del Código Judicial, adoptado por el artículo 1° de la Ley 57 de 1887 y de las leyes adicionales y reformatorias del mismo, a dicha legislación es a la que debe estarse para la decisión del incidente, de acuerdo con la norma fijada en el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931.

Ilegitimidad de la personería.

Dos fundamentos tiene esta excepción. El primero está expuesto así:

Niego qué la persona que desde Nueva York confiere poder al señor Francisco Antonio Maldonado Villamizar sea la misma que se dice **inventor** de la **maizola,** a quien se hizo conferir de manera gratuita un permiso condicional para explotar dicha bebida en el territorio del Norte de Santander. El demandante debe acreditar su identidad."

Con arreglo al ordinal 3° del artículo 25, Ley 100 de 1892, la excepción de ilegitimidad de la personería puede proponerse "para que se pruebe la identidad de la persona que establece la demanda."

Tanto de los términos en que está redactado el ordinal preinserto, como del carácter indefinido de la negación en que se funda la excepción, se deduce rectamente que es al demandante a quien incumbe dar la prueba de la identidad desconocida o negada por el opositor.

Durante el término probatorio de las excepciones, los señores doctor Emilio Ferrero y doctor Pablo García Medina se ratificaron en las declaraciones que habían rendido fuera de juicio ante el Juez 6° del Circuito de Bogotá. De esos testimonios aparece que los deponentes conocen de vista, trato y comunicación, al señor Abraham Martínez, inventor de la bedida denominada **maizola,** patentada por el Gobierno Nacional; que les consta por conocimiento personal y directo que el mismo señor Martínez celebró un contrato con el Departamento Norte de Santander para la fabricación y expendio de la preindicada bebida; y que les consta asímismo, y es además de pública notoriedad, que el señor Abraham Martínez, de que se viene hablando, se trasladó desde hace algún tiempo a la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de Norte América, como Jefe de la Oficina de Información y Propaganda de Colombia en aquella ciudad, donde permanece aún.

De estos hechos se deduce que el señor Abraham Martínez, que aparece otorgando poder al señor Francisco Maldonado Villamizar ante el Cónsul de Colombia en

Nueva York, para varios asuntos relacionados con el contrato celebrado por dicho Martínez con el Departamento Norte de Santander, sobre fabricación y expendio de la citada bebida **maizola,** poder con el cual se ha presentado Maldonado Villamizar a iniciar esta litis, es la misma persona que, con el carácter de inventor de la bebida expresada, celebró el contrato que se acaba de mencionar, ya que, por otra parte, no existe dato alguno en el expediente acerca de la existencia de otra persona que lleve el mismo nombre y apellido y con la cual pudiera haber lugar a confusión. No aparece, pues, justificada esta fase de la excepción.

El otro aspecto de la misma excepción se dirige a que la persona que se ha presentado al juicio como apoderado del demandante, acredite su representación, y se funda en que el poder con que obra dicho apoderado aparece conferido por escritura pública, que se dice otorgada ante el Cónsul General de Colombia en Nueva York, y en que la copia que de dicha escritura se ha traído a los autos carece de autenticidad, por no haber sido expedida por el funcionario encargado de la custodia del original, o sea por el Cónsul antes mencionado, sino por el Notario 2º del Circuito de Pamplona, ante quien se protocolizó una copia de la escritura original.

El Tribunal declaró probada esta excepción, en razón de que estando asimilados los Cónsules a los Notarios, los documentos que ante ellos se otorgan deben presentarse en copia autorizada por los funcionarios encargados de la custodia de los respectivos originales, como lo establecen los artículos 684 y 686 del Código Judicial, que regía cuando se propusieron las excepciones.

La doctrina del Tribunal es rigurosamente exacta, tratándose de poderes otorgados dentro del país por escritura pública. Esta debe presentarse ante los Jueces, en copia expedida por el Notario encargado de la custodia del protocolo, conforme a las disposiciones que se dejan relacionadas, las cuales han sido reproducidas por el artículo 630 de la Ley 105 de 1931. En lo que respecta a los poderes extendidos por escritura pública en el Extranjero, otro parece haber sido el temperamento adoptado por el legislador, como se infiere de lo establecido en los artículos 38 y 39 de la Ley 40 de 1907. Mas no hay necesidad de entrar a decidir en el fondo este punto, ya que ante la Corte se ha presentado una nueva copia del poder a que se viene haciendo referencia, expedida por el Cónsul General de Colombia en Nueva York, ante quien se otorgó la correspondiente escritura, con su respectiva nota de autenticación, procedente del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Verdad es que en el recurso no hubo término probatorio, mas esto nada implica en contra de lo dicho, por cuanto la personería puede acreditarse en cualquier estado de la causa. Síguese que no es fundada la excepción que se considera.

Cosa juzgada.

Está fundada así:

"Propongo esta excepción como lo permite el artículo 482 del Código Judicial, fundado en que el actor se ha encargado de traer al proceso las escrituras en que constan las transacciones celebradas por el Departamento con los señores Hernández, Barco & Compañía y Maldonado & Compañía, quienes representan al señor Martínez, famoso inventor de la **maizola,** que tántos beneficios se prometía de ese negocio con perjuicio del Departamento y del pueblo. Esas transacciones constituyen **cosa juzgada,** según el artículo 2483 del Código Civil."

El artículo que se acaba de mencionar establece:

"La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad con los artículos precedentes."

Del hecho de que la transacción produzca el efecto de cosa juzgada, no se deduce lógicamente que la una cosa sea la otra, ya que el efecto no puede confundirse con la causa. La misma disposición transcrita está pregonando que la transacción es un fenómeno jurídico, distinto de la cosa juzgada, al estatuír que la primera puede anularse o rescindirse "en conformidad a los artículos precedentes," los cuales consagran causales de nulidad completamente diferentes de las establecidas respecto de la cosa juzgada, o sea de las sentencias que la generan. Esta diferencia aparece también de manifiesto en el artículo 479 del Código Judicial, que regía cuando se promovió este incidente, el cual enumera por separado y en ordinales diversos la excepción de transacción y la de cosa juzgada.

Conduce lo anterior a demostrar que esta última excepción no puede fundarse en el hecho de haber mediado una transacción entre las partes, y que por esta circunstancia carece de base jurídica la defensa que se considera.

Por las razones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, revoca el auto recurrido, y en cambio declara no probadas las excepciones dilatorias opuestas por el señor Fiscal del Tribunal, y dispone que la parte demandada conteste la demanda en el término de dos días.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.** Devuélvase el proceso.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos treinta y dos.

En el juicio ejecutivo con juridicción coactiva, que adelanta el Juez 1º de Ejecuciones Fiscales contra Manuel J. Cordovez, éste introdujo una articulación de nulidad por ilegitimidad de personería de la parte ejecutada.

El asunto pasó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde se sustanció, hasta el punto de decretar las pruebas solicitadas por el ejecutado. Luégo vino el auto de doce de febrero del presente año, en que el mismo Tribunal resolvió que no era competente para conocer del negocio, y dispuso su envío a esta Superioridad. Para adoptar tal resolución, el Tribunal razonó así:

. . . . . .

"Observa el Tribunal que en el momento no es competente para seguir conociendo del asunto. En efecto: de acuerdo con el numeral 5º del artículo 36 del Código Judicial, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia conoce privativamente de los incidentes, excepciones y tercerías en los juicios de la naturaleza del presente."

El numeral 5º del artículo 36 del Código Judicial no dice eso. Se transcribe en seguida su texto:

"Artículo 36. La Sala de Negocios Generales conoce privativamente de los negocios siguientes:

. . . . . .

"5º Del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios que se sigan por los Recaudadores de rentas nacionales y los Jueces de Ejecuciones Fiscales Nacionales, investidos de jurisdicción coactiva."

Como se ve, donde la ley le atribuye a esta Sala el conocimiento del incidente de excepciones y de las tercerías, es decir, de dos materias determinadas, el Tribunal descompone la frase para atribuírle tres: los incidentes, las excepciones y las tercerías.

El señor Procurador de la Nación, advertido de tan arbitraria interpretación, dice, con razón, lo siguiente:

"El Tribunal Superior de este Distrito Judicial en su auto de doce de febrero último al citar esta última disposición, la deformó, pues dice que a la Corte le corresponde conocer privativamente de los **incidentes, excepciones y tercerías** en esa clase de juicios. No, señor: sobra la coma en incidentes, y el Tribunal se comió la preposición **de**.

"Es la misma historia de aquel pasaje de la Biblia:

'Señor, muerto está: tarde viniste,' y el exégeta escribía así:

'Señor muerto, esta tarde viniste.'

"Y que perdone el sabio Tribunal."

Y como el artículo 1060 del Código Judicial vigente, artículo que guarda perfecta armonía con el antes transcrito, estatuye que **del incidente de excepciones, de las tercerías y de las apelaciones y consultas** en los juicios por jurisdicción coactiva, conoce la justicia ordinaria, es claro, con claridad absoluta, que la Corte carece de jurisdicción para conocer del negocio que le ha enviado el Tribunal, ya que no se trata de un incidente de excepciones, ni de una tercería, ni de una apelación, ni de una consulta.

Por lo tanto, la Sala declara que no le corresponde el conocimiento primitivo del asunto, y dispone que se devuelva al Tribunal de origen, para que allí se le dé el curso legal correspondiente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto tres de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

El señor Germán Molina Callejas, invocando el artículo 331 del Código de Minas, e imputando a la Gobernación de Antioquia y al Ministro de Industrias despojo violento del mineral de oro en aluvión, denominado **La Culebra,** en jurisdicción de los Municipios de Santa Rosa y Don Matías, en el Departamento de Antioquia, pide que se restablezcan las cosas al estado en que se hallaban antes del veinticinco de junio de mil novecientos veintiocho, y que se disponga en consecuencia que se le restituya inmediatamente en la posesión del numeral especificado en las diligencias de once de septiembre de mil novecientos veinticuatro y diez de abril de mil novecientos veintiocho.

Por providencia de diez de octubre de mil novecientos treinta y uno, el expresado Tribunal negó la petición de Molina Callejas, quien apeló en el acto de la notificación ante esta Superioridad. Y concedió el recurso, y llegados aquí los autos, se procede a resolver lo que corresponde, una vez agotada la tramitación de regla.

La historia de la controversia la relata el Tribunal en los siguientes términos, que la Corte reproduce, por su exactitud y precisión:

"1º El Inspector del Corregimiento de San Pablo, por comisión delegada en las diligencias administrativas para la titulación de la mina **La Culebra,** dio al señor Germán Molina C., el once de septiembre de mil novecientos veinticuatro, posesión de dicho mineral, por los siguientes linderos:

'De un mojón en la orilla izquierda del Ríogrande, y que dista del desemboque de la quebrada de **La Chorrera** a dicho río, 465 metros, al frente de unas tapias viejas y a inmediaciones de la casa del General Pedro J. Berrío; siguiendo río abajo, por todo su cauce y sin comprender parte alguna del territorio mineral de sus márgenes, hasta llegar al contrafuerte principal que se encuentra y muere en la orilla derecha del expresado río, frente a la cabecera del cañamelar del señor Marco A. Franco, y a inmediaciones del desemboque de la quebrada **La Clarita,** puntos que determinan una extensión patentemente menor, con lo cual el interesado dijo ya conformarse, haciendo uso del derecho que consagra el inciso 2º, artículo 29, del Código de Minas.'

"2º En las Resoluciones números 33 y 35, de 27 de junio y 16 de julio de 1925, conceptuó la Gobernación que el comisionado había desconocido lo prescrito por los artículos 65 y 66 del Código de Minas, al rechazar las oposiciones presentadas en el acto de dar posesión de la mina, y, por tal motivo, dispuso devolver el expediente al Alcalde comisionado para que enviara las diligencias al Juez del Circuito, llamado a resolver sobre las aludidas oposiciones.

"3º Estas Resoluciones las revisó el Ministerio de Industrias, en providencias fechadas el siete de enero y el diez y seis de abril, ambas de mil novecientos veintiséis, que declara sin efecto legal la entrega de aquella mina, y ordenan que el comisionado remita el expediente al Juez del Circuito de Girardota, para decidir las oposiciones hechas al tiempo de la posesión.

"4º La subsiguiente tramitación judicial terminó con la orden de este Tribunal, en autos de treinta de mayo y trece de julio de mil novecientos veintisiete, de dar el Alcalde de Santa Rosa posesión de la referida mina al señor Germán Molina C.

"5º Cumpliendo lo resuelto por el Poder Judicial, se dio nuevamente posesión de la mina el diez de abril de mil novecientos veintiocho, por los mismos linderos citados en la diligencia de once de septiembre de mil novecientos veinticuatro, ya copiados.

"6º En Resolución número 35, de 25 de junio de 1928, declaró la Gobernación de este Departamento sin valor legal la diligencia de posesión de diez de abril de mil novecientos veintiocho (y también la de once de septiembre de mil novecientos veinticuatro, que ya no tenía vida jurídica desde mil novecientos veintiséis, que la anuló el Ministerio de Industrias), y ordenó repetir la

posesión, con citación de todos los dueños de minas colindantes, que no estuvieran fuera del debate en virtud de sentencia judicial, y de acuerdo con otras indicaciones dadas allí al comisionado.

"7º En providencia de dos de abril del año próximo pasado, confirmó el Ministerio de Industrias la anterior Resolución número 35, con la reforma de que fuera general la citación para todos los dueños de minas colindantes, 'a fin, según se lee allí, de que todos puedan llevar válidamente sus oposiciones a conocimiento de los Tribunales ordinarios de justicia.' Esta providencia del Ministerio fue notificada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º, Ley 53 de 1909, por edicto publicado en el **Diario Oficial** número 21401, de 28 de mayo de 1930.

"8º En Resolución de fecha 20 de enero de este año, negó el Ministerio de Industrias la revocación que de la anterior providencia se le pidió."

Tal es la prueba de los hechos, agrega el Tribunal, que el interesado "somete a consideración para decidir, de acuerdo con su memorial de fecha diez del último mes de agosto, y con lo que preceptúa el artículo 439 del Código de Minas, sí está justificado que se le causó despojo violento de la mina **La Culebra** con la Resolución número 35, dictada por la Gobernación de este Departamento, con fecha veinticinco de junio de mil novecientos veintiocho, confirmada por el Ministerio de Industrias en providencia de dos de abril del año próximo pasado, al privarle así de la posesión que administrativamente le dio el empleado comisionado para el caso, en diligencia de diez de abril de mil novecientos veintiocho."

¿Pudo la Gobernación de Antioquia y el Ministerio de Industrias dictar las resoluciones que acusa el apelante, o en otros términos, se le ha causado con ellas el despojo violento de que se queja?

Ante todo, y como regla general aplicable en el proceso administrativo para adquirir el título de una mina, es preciso observar que el artículo 91 del Código de la materia faculta al Poder Ejecutivo para ordenar, antes de expedir aquél, que se subsanen las informalidades que advierta. Hé aquí el texto de esa disposición:

"Artículo 91. Siempre que el Poder Ejecutivo, al ir a expedir un título, observare que no se han practicado todas las diligencias prevenidas en los capítulos anteriores, en la forma que en ellos se previene, ordenará que se subsanen las informalidades que haya; de manera que no se expida ningún título sin que claramente conste que el expediente está suficientemente bien preparado.

"En la providencia que se dicte para dar cumplimiento a lo prevenido en el inciso precedente, se expresará con toda claridad cuáles son las diligencias que deben reponerse; pudiéndose dar, además, las instrucciones convenientes para que la reposición se haga con acierto."

Y tiene ella tal importancia, y de tal manera resguarda a los mismos adquirentes de las mismas, que los títulos quedan afectados de nulidad, entre otros casos, cuando se haya entregado una extensión mayor que la que debiera concederse, y cuando, habiendo dueños o denunciantes de minas colindantes, no se les cita para dar la posesión. (Código de Minas, artículo 94).

La citación de esos colindantes la prescribe el artículo 51 ibídem para los efectos de la oposición a la posesión de la mina que aquéllos pueden hacer, y de la cual debe conocer el Juez de Circuito (artículo 60). Y precisamente, por haber conceptuado la Gobernación de Antioquia que el comisionado para dar la posesión, en las dos ocasiones en que a ello se procedió, no admitió las oposiciones presentadas en esos dos actos, y, además, por no haber quedado fijado con precisión en la última el perímetro de lo que debía concederse, amén de otras informalidades allí puntualizadas, se dictaron las Resoluciones de 27 de junio y 16 de julio de 1925 y de 25 de junio de 1928, de que se ha hecho mención, que fueron confirmadas por el Ministerio de Industrias, y que tenían por objeto subsanar todas esas informalidades.

Siendo esto así, no se explica cómo el demandante califique de despojo, y de despojo violento, las mentadas providencias dictadas por funcionarios administrativos en ejercicio de sus funciones con apoyo en la disposición expresa del artículo 91 del Código de Minas, y cuando tales providencias sólo tenían por objeto reponer la posesión, pero sin los vicios y defectos que hicieron ineficaces las diligencias de once de septiembre de mil novecientos veinticuatro y diez de abril de mil novecientos veintiocho.

Y cabe decir que no tiene razón el apelante, al afirmar que las resoluciones administrativas en cuestión desconocieron el fallo del Tribunal, que dispuso darle a aquél posesión de la mina de **La Culebra,** pues ellas nada ordenaron en contrario acerca de este punto, y antes bien dispusieron que esa posesión se diera a Molina Callejas, pero en la forma legal que no revistieron las precedentes. Porque la decisión judicial de poner al denunciante en posesión de la mina, no excluye la facultad de la autoridad administrativa, concedida por el artículo 91 del Código de Minas, de ordenar la reposición de las diligencias en que se hubieren omitido formalidades prescritas por la ley.

Al argumento del demandante, de haber sido despojado de la posesión por tener ya pagado el impuesto de que trata el artículo 23 de la Ley 292 de 1875, contestó el Tribunal en los siguientes términos, que la Sala acoge por encontrarlos acordes con los principios legales que rigen la materia:

"El pago del impuesto no es, en el presente caso, prueba legal de la posesión: porque lo que se conserva y se recupera mediante el pago del impuesto es la posesión regular, aquella que definen los artículos 298 y 291 del Código de Minas, y que Molina no ha tenido (artículos 303, 291 y 164 ibídem). Aquella posesión ordinaria, que al avisante o al restaurador dan los artículos 8º y 346 ibídem, y que en la relación con los particulares se puede hacer valer, no se puede alegar en contra de la Nación o de los empleados que en nombre de ella intervienen en la ritualidad de los expedientes sobre adjudicación, porque la Nación es la dueña de la mina, tiene sobre ésta el dominio inmanente que le reconoce la Constitución, y es la que se va a desprender de ese dominio en favor del individuo particular, mediante la tramitación de las diligencias administrativas requeridas para ello—que en el caso presente no se han cumplido aún—y el aviso es apenas la primera de esas diligencias, que van a servir como elemento integral del título (artículos 73 y 74 ibídem). Jurídicamente una mina es dominio creado en un yacimiento minero. Pero cuando se alegan, como ahora, colisiones de derecho entre el denunciante de la mina y la Nación, aquel derecho de dominio no puede darse como incorporado en patrimonio del minero sino cuando la Nación se ha desprendido de ese derecho, me-

diante las tramitaciones propias para la titulación de la mina. Verificado ese fenómeno legal, es cuando el poseedor o la persona que a su nombre tenga la mina, puede quejarse de despojo contra la Nación, siempre que sea el caso que contempla el artículo 438 del Código de Minas; pues no está fuera de lugar recordar aquí que la autoridad no comete despojo sino cuando atropella las formalidades establecidas como salvaguardia del derecho, formalidades de que no se puede prescindir, sino en los casos determinados por la ley, pues cuando, de acuerdo con ésta procede, no ejerce violencia."

El apelante impugna este concepto del Tribunal, invocando los emitidos por esta Sala de la Corte en sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos veintiuno y veinticuatro de septiembre de mil novecientos veintitrés, en que se expuso que la acción posesoria por despojo de una mina, que consagra el artículo 331, corresponde a toda clase de poseedores, y tiene, además, por objeto hacer efectivas y conservar la posesión de la mina, bien se trate de la posesión ordinaria, de la violenta o de la clandestina.

Evidente, eso se dijo en aquellos fallos, y eso es legal decirlo, porque el querellante de entonces (se trataba de la mina de **El Salto**, en el río Atrato), tenía título de adjudicación de la mina, que presentó con la demanda, y podía, por consiguiente, hacerlo valer contra la Nación misma. No había porqué ni para qué hacer en aquella ocasión el distingo entre la posesión ordinaria, que se adquiere por el hecho del aviso del descubrimiento (Código de Minas, artículo 8°), y la posesión regular que invocaba entonces José M. Mayolo; y que ahora, en este asunto, fue necesario que lo hiciera el Tribunal. No hay, pues, oposición entre lo que éste expuso y los fallos mentados de la Corte; pues hecha esta indispensable aclaración, todo poseedor tiene la acción de despojo: contra toda clase de personas, inclusive la Nación, si es poseedor regular, y contra los particulares únicamente cuando sólo ha adquirido la ordinaria, que proviene de la mera calidad de avisante o restaurador (Código de Minas, artículos 8° y 346), y que es la que hasta ahora tiene el recurrente.

De conformidad con las precedentes consideraciones, la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la providencia apelada, con costas a cargo del recurrente que se tasarán en forma legal.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta **Judicial** y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto seis de mil novecientos treinta y dos.

En el juicio sobre oposición a la propuesta de contrato de explotación de petróleos, entre la Nación, por conducto del señor Ministro de Industrias, y la Société Européene des Petroles, los señores Camilo Vanegas Q. y Bernardo Duque Vanegas, en su carácter de opositores, fundados en la disposición del artículo 297 del Código Judicial, en memorial de fecha veinte de mayo del corriente año, y dirigida contra el doctor Francisco Sáenz Arbeláez, propusieron la acción exhibitoria, tendiente a obtener la presentación, por parte del doctor Sáenz Arbeláez, de "elementos comprobatorios de derechos sobre inmuebles," tales como "documentos, datos, registros, escrituras públicas o de carácter público, pero que, por ser muy antiguos y hallarse en sitios o archivos que ignoramos, y aun quizás por haberse sustraído originales de archivos de oficinas públicas, o por no quedar de ellos más que únicas copias, por haberse destruído en forma alguna las escrituras matrices, no nos son conocidos, aunque sí su existencia en poder del individuo contra quien dirigimos esta acción."

Y agregan los actores en la exhibición:

"Los hechos que nos proponemos demostrar son: que el Coronel Salvador Vicente Vanegas y Olarte fue dueño legítimo de los terrenos denominados **Comunidad Vanegas**, situados en Bolívar (Santander) y **Territorio Vásquez** (Boyacá); que era tal dueño de esos terrenos, alinderados como lo decimos en nuestro memorial de oposición que obra en los autos, en el momento de su muerte, acaecida en el año de mil ochocientos cuarenta y uno; que dichos bienes, por consiguiente, pertenecían al causante a la época de su muerte, y debían entrar o computarse en su haber herencial, y que, por tanto, siendo esos derechos de dominio anteriores al año de mil ochocientos setenta y tres, daban al dueño y a sus sucesores derechos sobre la propiedad del petróleo."

Admitida la demanda y corrido traslado por dos días al doctor Sáenz Arbeláez, lo contestó oportunamente así:

"Resumo la contestación del traslado, así:

"a) No es cierto que lo manifestado por mí en las posiciones rendidas ante el señor Juez 7° Civil del Circuito de Bogotá sea la afirmación de que en mi poder reposen documentos distintos de los enunciados en los números 1 y 2 del presente escrito.

"b) Los únicos documentos, que si el señor Magistrado lo dispone puedo exhibir, son copias en papel común de los documentos que los demandantes presentaron con su escrito de oposición, y que obran en autos; y copias en papel común de dos conceptos rendidos por el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la Texas Petroleum Co., y considero por ello que sería esa entidad la llamada a exhibirlos, dado el caso; y

"c) La ley no autoriza que se pida la exhibición de datos sobre una cosa o documento, sino la exhibición de la cosa o documento determinado."

Abierto a pruebas el incidente por estimarse que había hechos qué probar de parte del actor, sólo el último día del término de nueve días hizo uso de dicha parte del derecho de pedirlas; y como el artículo 395 del Código Judicial dispone que, expirado dicho término, previo el informe respectivo del Secretario, el Juez debe decidir dentro de cinco días, se procede a cumplir este mandato de la ley, mediante las consideraciones que siguen.

La acción exhibitoria de que aquí se trata, regulada por el capítulo II, Título V, Libro II, del Código Judicial, tiene por objeto exigir de las partes o de un tercero la producción en juicio de documentos útiles a su respectiva causa o la presentación de una determinada cosa mueble; acción que se dirige contra todo poseedor de la misma cosa o que se considere en tal sentido jurídico, y por quien tiene interés con motivo de un derecho real o personal sobre la misma cosa a fin de que le sea mostrada o restituída con todas sus pertenencias; o bien, si esto no sucede o no puede suceder por culpa del deman-

dado, se le reconozca el interés final y consecuencial a su acción.

En el presente caso tal acción tiende, según los términos de la demanda, a que se obligue al doctor Sáenz Arbeláez, en su carácter de tercero en el pleito, a que exhiba documentos, datos, registros, escrituras públicas o de carácter público, "pero que por ser muy antiguos y hallarse en sitios o archivos que ignoramos, y aun quizá por haberse sustraído originales de archivos de oficinas públicas, o por no quedar de ellos más que únicas copias, por haberse destruído en forma alguna las escrituras matrices, no nos son conocidos, aunque sí su existencia en poder del individuo contra quien dirigimos esta acción," según lo declaran los actores; acción que, según éstos, tiende a demostrar la propiedad legítima del Coronel Salvador Vicente Vanegas y Olarte sobre los terrenos denominados **Comunidad Vanegas,** por los linderos que figuran en el memorial de oposición, y en el momento de su muerte, acaecida en mil ochocientos cuarenta y uno; terrenos que debían computarse en su haber herencial, y que, por tanto, "siendo esos derechos de dominio anteriores al año de mil ochocientos setenta y tres, daban al dueño y a sus sucesores el derecho a la propiedad del petróleo en ellos existente."

En el mismo caso presente, según se ha visto de los términos de la demanda, se trata de la exhibición de documentos que los actores pretenden aducir como pruebas, con el objeto de demostrar el derecho de propiedad en su favor, tal como se ha visto, de acuerdo con el artículo 298 del Código Judicial.

Procede averiguar ahora si los actores, en la demanda de exhibición, han cumplido con la exigencia contenida en el artículo 300 de allí, esto es, "acreditar plenamente en oportunidad que la cosa o documento está en poder de la persona de quien se exige"; no sin advertir desde ahora que para llenar los fines de esta disposición, lo primero que debe satisfacerse es la exigencia lógica de señalar de modo preciso cuál es el documento de que se trata, lo que no puede hacerse sino señalando su fecha, la materia sobre que versa, las personas que en el acto hayan intervenido; si es instrumento público, el funcionario que lo autentica, el lugar donde pasó y el archivo en que debió reposar anteriormente; en una palabra, todas aquellas indicaciones que singularicen, individualicen y determinen, sin lugar a duda, cuál es el documento de cuya exhibición se trata, de forma que el demandado en ningún caso pueda confundirlo con otro y pueda satisfacer así las exigencias de la ley, como las aspiraciones de la parte que acciona contra él. Deduciéndose como consecuencia que, por este aspecto, y dados los términos en que la demanda está concebida, ella no llena ni los fines lógicos ni legales que persigue; porque decir que deben exhibirse "documentos, datos, registros, escrituras públicas o de carácter público," con los cuales se va a demostrar un derecho determinado, pero que no son conocidos "por ser muy antiguos y hallarse en sitios o archivos que ignoramos," o por haberse sustraído originales de los archivos de ciertas oficinas, o por no quedar de ellos más que copias únicas, por haberse destruído en alguna forma las escrituras matrices; asegurar esto y afirmar en seguida que la existencia de tales documentos en poder del demandado sí es conocida, es destruir la última afirmación por la negación que se expresa en las primeras aseveraciones.

Para demostrar la aseveración de que en poder del demandado se encuentran los documentos que son capaces de demostrar el dominio sobre los terrenos petrolíferos de que aquí se trata, y, por consiguiente, el petróleo en ellos contenido, los actores han presentado estas pruebas:

a) La copia auténtica del pliego de posiciones y sus respuestas rendidas ante el Jugado 7º del Circuito de Bogotá, por el doctor Sáenz Arbeláez, con fecha ocho de abril de mil novecientos treinta y uno, y donde se leen estas declaraciones:

"A la sexta: no es cierto. Los documentos presentados por el absolvente dicen claramente las bases jurídicas que él encontró sobre la titulación de la Comunidad Vanegas, y esos documentos, bajo los cuales negoció o prometió en venta, son precisamente los enumerados en el concepto Rodríguez Piñeres y Uribe Holguín, a que antes hice referencia."

"A la undécima:

. . . . . .

"En el jucio de sucesión, en donde, como acabo de decir, no actué como apoderado, sí obré como testigo actuario, y allí podrá verse en la diligencia de inventarios todos y cada uno de los datos facilitados por Bernardo Duque Vanegas. Por mi parte, hice mención en dicha diligencia del título 1792, que es el mismo a que se refieren los abogados Rodríguez Piñeres y Uribe Holguín, en su concepto atrás citado."

"Y contestó a la décimasexta: no es cierto que hubiera ofrecido documentos de la clase a que alude el peticionario, que manifiesta eran suficientes para demostrar el dominio de la propiedad Vanegas.' Los documentos ofrecidos son relativos, como lo expresé antes, a la Comunidad Vanegas, y no me creo obligado a manifestar el contenido de esos documentos, que pueden ser tendientes a demostrar la propiedad, o circunstancias relativas a ella, etc., o nó."

Leída, la aprobó; y contestó a la décimaséptima:

"No es cierto que diga en el juicio a que se refiere el peticionario, 'que tenga otros documentos para acreditar la propiedad plena'; fue que leyó mal. Al folio 2 del cuaderno principal del juicio ordinario, a que el peticionario se refiere, página 2, digo: '..... y otros reposan en mi poder y los presentaré oportunamente.'"

Como fácilmente puede verse de estas declaraciones, no se concluye que el doctor Sáenz Arbeláez tenga en su poder documentos demostrativos **del derecho de propiedad** sobre los terrenos denominados Comunidad Vanegas, ni que esa propiedad pertenezca al Coronel Salvador Vicente Vanegas y Olarte ni a sus herederos, ni que tampoco la propiedad de los petróleos esté vinculada en ellos. Y esto es claro, porque la respuesta más categórica al respecto, dice relación a la sexta pregunta, y en ella el absolvente dice que los documentos por él referidos son relativos a la Comunidad Vanegas, y que su contenido **puede ser tendiente a demostrar la propiedad, o circunstancias relativas a ella, etc., o nó;** expresiones éstas que en manera alguna precisan se trate de documentos sobre dominio; más si se tiene en cuenta que el mismo doctor Sáenz Arbeláez dijo:

"No me creo obligado a manifestar el contenido de esos documentos."

Luego no lo manifestó.

b) Las declaraciones de los testigos Francisco Luis Campuzano S., Camilo de Brigard Silva y Jorge Giraldo

Urdaneta, el primero de los cuales, refiriéndose a los documentos, dice:

"..... mas esos derechos no eran ni podían ser de dominio o propiedad, según entiendo, pues no conocí títulos de propiedad ningunos; eran simples anotaciones en papel común e informaciones verbales."

Y agrega:

"Es cierto que Sáenz Arbeláez dijo que consideraba como valiosos tales papeles, no para reivindicar terreno alguno, sino para hacer valer algunos derechos que tenía contra la Compañía de Camilo Vanegas y otro"; agregando al fin "que el declarante no conoce ni ha visto ningún documento o comprobante que acredite el dominio o propiedad de los derechos de que les habló Sáenz Arbeláez."

El segundo, doctor Brigard Silva, declara:

"Oí al doctor Sáenz Arbeláez la afirmación de que él poseía documentos pertenecientes a la titulación de la Comunidad Vanegas; conocí estos documentos, que fueron los mismos suministrados por el mismo doctor Sáenz al Gerente de la Texas, y sobre los cuales rindieron un concepto la oficina judicial de los doctores Uribe Holguín y Rodríguez Piñeres; nunca conocí, ni he sabido que existan otros documentos relacionados con esta titulación."

Y el tercero, doctor Giraldo Urdaneta, expuso:

"De acuerdo con mi memoria, lo que fuimos a tratar con la Texas Petroleum Company, no fue sobre derechos de propiedad o dominio que tuviera el señor Francisco Sáenz Arbeláez en los terrenos denominados Comunidad Vanegas."

A la cuarta:

"De acuerdo con la respuesta anterior, recuerdo que nuestra propuesta a la Texas se refería a la venta de nuestra parte a esa Compañía, de unas copias simples de algunos documentos, que en aquel entonces yo juzgaba que podrían servirle a tal Compañía. Asimismo ofrecí a ésta la cesión de algunos datos que a su vez me había ofrecido el doctor Sáenz, pero que al fin de cuentas no me los suministró."

A la quinta:

"El señor doctor Sáenz me había traspasado gratuitamente los papeles de que hablo anteriormente, desde mediados del año de mil novecientos treinta, pero él nunca me expresó que con ellos pudiese comprobar derechos de propiedad particular sobre el petróleo, pues yo ni nombré el petróleo en la conversación con el doctor Uribe."

A la sexta:

"La importancia que pudiera darse a los papeles de que hablé arriba, no fue Sáenz quien la hiciera notar, sino que el suscrito, leyéndolos en aquel entonces, se la daba, según su leal saber y entender."

Para apreciar el valor probatorio de estos testimonios en relación con el hecho que trata de demostrarse, esto es, la existencia en poder del doctor Sáenz Arbeláez de documentos demostrativos de la propiedad que se discute, basta observar que en todos ellos se declara que no se conocen tales documentos, y que los que se conocen no se refieren a propiedad, o que ya fueron estudiados por distinguidos abogados, cuyas conclusiones no aparecen.

c) La copia de la demanda de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos treinta, dirigida al señor Juez del Circuito de Bogotá por el doctor Sáenz Arbeláez contra los señores Camilo Vanegas Q. y la Texas Petroleum Company, demanda que tiende, según sus propios términos, a que se hagan estas declaraciones:

"Primera. Que pertenece al demandante el cuarenta por ciento de los derechos que, en común y proindiviso con Bernardo Duque Vanegas, tiene Camilo Vanegas Q. en la propiedad denominada Comunidad Vanegas, de una extensión aproximada de cincuenta mil fanegadas, ubicada en el Municipio de Bolívar (Santander del Sur), y delimitada así: (aquí los linderos).

"Segunda. Que como consecuencia del derecho del demandante en los terrenos atrás alinderados, en el caso de que la Texas Petroleum Company cumpla la promesa de contrato celebrada en Bogotá con los señores Camilo Vanegas Q., Bernardo Duque Vanegas y Francisco Sáenz Arbeláez, en documento privado, otorgado el día trece de julio de mil novecientos veintisiete, y reconocido judicialmente ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, el catorce de julio del mismo año, y opte la mencionada Compañía por comprar los terrenos de la Comunidad Vanegas, debe al demandante el cuarenta por ciento de los valores, que en razón de esa compraventa, correspondan al señor Camilo Vanegas Q.

"Tercera. Que los demandados sean condenados a las costas del juicio, en caso de oposición."

Nada demuestra este comprobante en relación con la existencia de los documentos sobre propiedad que aquí se averigua, con la advertencia de que las escrituras públicas que en la demanda se citan como generadoras del derecho del actor, son todas posteriores a mil ochocientos setenta y tres, y relacionadas con la actividad jurídica de los señores Vanegas, Duque Vanegas y Sáenz Arbeláez.

e) En el documento privado en que consta el contrato que celebraron la señora Julia Vanegas de Duque y Sáenz Arbeláez, lo único que sobre títulos allí se estipuló, con fecha tres de marzo de mil novecientos veintisiete, es lo que sigue:

"Primero. Sáenz Arbeláez se compromete a arreglar los títulos relativos a la adjudicación que el Gobierno Nacional hizo a nuestro abuelo, señor Vicente Vanegas, en veintiuno de octubre de mil ochocientos veinticinco, de ciento cincuenta mil fanegadas en el camino de Carare, del Cantón de Vélez, y a presentar estos títulos arreglados conforme a la ley."

Sobre este particular debe tenerse en cuenta que los títulos de que aquí se habla, aparecen en los autos, y acerca de su valor probatorio no es tiempo de determinarlo, pero sí debe advertirse que si el compromiso se refiere a otros, la misma indeterminación en que está concebido hace imposible singularizarlos y precisarlos, y en estas circunstancias el demandado no está obligado a hacer ninguna exhibición.

f) La memoria explicativa de los títulos de propiedad de la Comunidad Vanegas, cuya facción se atribuye sin ninguna demostración al doctor Sáenz Arbeláez, menciona documentos que aparecen en los autos presentados por una y otra parte en el juicio principal, de suerte que, aun admitiendo la autenticidad atribuída al doctor Sáenz Arbeláez, como autor de tal memoria, no sería procedente la orden de exhibición por la razón expuesta.

g) Dado por reconocido el documento otorgado entre el doctor Francisco Sáenz Arbeláez y el doctor Luis

Eduardo Cadavid O. sobre prestación de servicios como abogado el segundo en favor del primero, obligándose él a iniciar, seguir y terminar el juicio de sucesión intestada del Coronel Salvador Vicente o Vicente Vanegas, fallecido en esta ciudad el treinta y uno de julio de mil ochocientos cuarenta y uno, por todos sus trámites, instancias e incidentes, hasta ponerlo en manos de Francisco Sáenz Arbeláez para la protocolización del mismo, etc., y para trasladarse a la ciudad de Vélez para ayudar a practicar las diligencias de entrega de la Comunidad Vanegas a los herederos, etc., se observa que en tal documento no aparece mención alguna acerca de los títulos relativos a la propiedad de tal Comunidad, y cuya exhibición se solicita.

h) Y aun admitiendo como recibidas las pruebas a que se refiere el memorial de fecha tres de agosto, que fue presentado a las tres de la tarde del último día del término probatorio, aunque se admitieran como recibidas tales pruebas, se repite, ni la copia del desistimiento de la demanda, cuya parte petitoria aparece transcrita, ni la diligencia de inventarios demostrarían la existencia de los documentos que se buscan. Tampoco los testimonios de los doctores Luis E. Cadavid, Ignacio Uribe y Pedro M. Camargo Caballero, demostrarían tal existencia, tanto porque la indeterminación con que se los menciona hace imposible precisarlos, de manera que sin lugar a duda se pudieran exigir al demandado, como porque haciendo referencia esos testimonios a dichos o referencias del mismo doctor Sáenz Arbeláez, quien, según los testigos, hablaba de modo general de documentos demostrativos de propiedad de la Comunidad Vanegas, así las aseveraciones de los testigos como la del doctor Arbeláez, que no mencionó, ni determinó, ni precisó a qué títulos se refería, deben estimarse simplemente como conceptos sobre el valor de esas pruebas en relación con tal dominio; valor que de antemano el mismo doctor Sáenz Arbeláez apreció de modo dubitativo en las posiciones que aparecen copiadas, cuando dijo:

"Los documentos ofrecidos son relativos, como lo expresé antes, a la Comunidad Vanegas, y no me creo obligado a manifestar el contenido de esos documentos, que pueden ser tendientes a demostrar la propiedad, o circunstancias relativas a ella, etc., o nó."

El estudio que precede pone de manifiesto indubitablemente que la parte actora en la acción exhibitoria propuesta no ha demostrado la existencia de los documentos, datos, registros, escrituras públicas que, como demostrativos de la propiedad de la Comunidad Vanegas, dijo se hallaban en posesión del demandado; y en estas circunstancias no es posible que la acción prospere. Empero, como el mismo demandado, al contestar el traslado que se le confirió, dijo tener en su poder como únicos documentos relacionados con este asunto las copias en papel común de los documentos que los demandantes presentaron con su escrito de oposición, y que obran en autos; y copias, también en papel común, de dos conceptos rendidos por el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la Texas Petroleum Company; y tal demandado ofrece presentarlos, para satisfacer la exigencia del actor habrá de decretarse así, ya que son los únicos documentos que se ha probado existen en poder del demandado.

Por todo lo expuesto, se resuelve:

Exhiba en la Secretaría de esta Sala el demandado doctor Francisco Sáenz Arbeláez, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las copias en papel común de los documentos que los demandantes presentaron con su escrito de oposición, y las copias, también en papel común, de dos conceptos rendidos por el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la Texas Petroleum Company, para que la parte interesada tome los dibujos, copias o cualesquiera otros datos útiles para la cuestión que se debate o va a discutirse; todo con las precauciones necesarias, a fin de evitar perjuicios al poseedor o tenedor de tales documentos, doctor Francisco Sáenz Arbeláez.

Cópiese y notifíquese, publíquese en el órgano de la Corte.

ENRIQUE A. BECERRA—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, trece de agosto de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

Por medio de apoderado y ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el General Roberto Leyva M. demandó a la Nación en juicio ordinario para que fuese condenada a restituírle la suma de seiscientos doce pesos con cuarenta centavos ($ 612-40).

El derecho de esta demanda emana, dijo, de los artículos 2313 y siguientes y 2361 y siguientes del Código Civil.

Como hechos fundamentales expuso los siguientes:

1° Por escritura pública número 349, de trece de abril de mil novecientos quince, otorgada ante la Notaría 3ª de esta ciudad, el General Roberto Leyva M. se constituyó fiador del señor Jorge Moya Vásquez, nombrado en aquel tiempo Cónsul de Colombia en New York, para responder de su manejo en dicho puesto hasta por la suma de $ 5,000, limitadamente.

2° Al señor Moya Vásquez se le dedujeron algunos alcances en el fenecimiento de sus cuentas, alcance que la entidad examinadora ordenó se le cobraran ejecutivamente a él y a sus fiadores, uno de los cuales, he dicho, era el General Leyva.

"3° Correspondió conocer de ese juicio ejecutivo al señor Juez 1° Nacional de Ejecuciones Fiscales, quien por mandamiento número 36, de fecha cinco de octubre de mil novecientos veintinueve, ordenó al ejecutado pagar la suma principal del alcance y a sus fiadores, General Leyva y otro, la de $ 5,000 a que montaba su fianza limitada, más las de $ 600 por intereses de la misma, desde el diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiocho, y la de $ 12-40 por las costas del juicio.

"4° Ejecutoriado el auto en cuestión, el General Leyva pagó la totalidad de la fianza más los intereses y costas en la Tesorería General de la República, el día trece de diciembre de mil novecientos veintinueve, y

"5° Siendo limitada la fianza del General Leyva, no le correspondía pagar suma alguna que excediera a aquélla hasta la cual se obligó; al hacerlo, constreñido por la orden del Juzgado y por el embargo que éste había hecho de sus saldos bancarios, pagó lo que no debía y la Nación debe restituírselo."

Admitida la demanda y corrido traslado de ella al Fis-

cal del Tribunal, éste la contestó oponiendo a sus peticiones y manifestando que no le constaba ninguno de los hechos en que se apoya. Abrióse por tanto la causa a pruebas por el término de treinta días, durante el cual la parte demandante solicitó las que estimó pertinentes a su acción. Y practicadas y agregadas a los autos, y recogidos los alegatos de conclusión presentados por las partes, se citó para sentencia, la que luégo pronunció el Tribunal absolviendo a la Nación de los cargos de la demanda. Contra esa sentencia que trae fecha del veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta y uno, se concedió apelación al actor, y por ello vino el asunto a la Corte, en donde se surtió la tramitación propia de la segunda instancia y se pasa a pronunciar la decisión final que corresponde.

El Tribunal no estimó la prueba documental aportada por el demandante por falta de la previa y personal notificación al Fiscal del auto que la decretó, y que en verdad prescribía el artículo 32 de la Ley 105 de 1890.

Pero en esta instancia el demandante subsanó el defecto, porque a petición suya se tuvo como pruebas las aducidas en el primer grado del juicio, con lo cual quedó la contraparte—notificada como fue personalmente—en aptitud de contraprobar y de ejercer en general los derechos que la ley confiere a los contendores en el debate judicial. Puédese, por tanto, entrar a examinar las pruebas en mención, las que consisten en la escritura de fianza número 349, de trece de abril de mil novecientos quince, otorgada en la Notaría tercera de esta ciudad, y en las copias auténticas de varias piezas de la ejecución, seguidas contra el fiador Leyva por el Juez 1° de Ejecuciones Fiscales Nacionales, y de las cuales aparece que se libró contra él mandamiento ejecutivo, que se le intimó y que pagó pocos días después la cantidad de cinco mil seiscientos doce pesos con cuarenta centavos ($ 5,612-40), así: por cuenta del alcance, cinco mil pesos ($ 5,000); por intereses, seiscientos pesos ($ 600), y por costas causadas, doce pesos con cuarenta centavos ($ 12-40).

Probados como están los hechos alegados en la demanda, es el caso de considerar la petición que se funda en el artículo 2373 del Código Civil, según el cual "la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso....."

En verdad, tal es el principio consignado en la disposición nombrada, y de acuerdo con ella no podría hacerse responsable al fiador, en su calidad de tál, por un valor mayor que la fianza que otorgó; pero esto no obsta, como acertadamente lo observa el Procurador General de la Nación: "para que a un fiador se le haga cargo, no ya a título de fiador sino como deudor personal de una deuda en que ha incurrido, de todos los intereses de mora que se causen en contra de él por no cumplir la obligación que ya es propia suya y los gastos causados por su culpa al hacer necesaria una cobranza judicial de lo que espontáneamente debió haber satisfecho o pagado."

Empero, como el fiador debe ser reconvenido por el acreedor, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 2379 del Código Civil, es incuestionable que los intereses sólo han de correrle desde el requerimiento, que es cuando el fiador viene a saber el incumplimiento o falta del deudor.

No consta cuándo fue requerido el demandante, ni a éste le incumbía, por ser un hecho negativo, demostrar que no lo fue; y no habiendo más dato en el proceso que la intimación del mandamiento ejecutivo, es la fecha de este acto la que en justicia debe tomarse como primer requerimiento y como la inicial de los intereses de mora. A este propósito se tiene que la intimación de la orden de pago se hizo al representante del fiador el once de octubre de mil novecientos veintinueve, y que este último depositó en la Tesorería General de la República el veintinueve del mismo mes y año, a la orden del Juez ejecutor, por cuenta de la deuda, la suma de dos mil doscientos diez y siete pesos con ochenta centavos ($ 2,217-80), y el trece de diciembre del mismo año, en la propia oficina y con igual fin, la de tres mil trescientos noventa y cuatro pesos con sesenta centavos ($ 3,394-60), los cuales, con las costas, dan en total la suma de cinco mil seiscientos doce pesos con cuarenta centavos ($ 5,612-40).

De suerte que los intereses a cargo del fiador son los siguientes:

Los del 12 por 100 anual sobre $ 5,000, del once al veintinueve de octubre de mil novecientos veintinueve (diez y ocho días), treinta pesos (Código Fiscal, artículo 256).....$	30 ..
Los del 12 por 100 sobre $ 2,782-20, del treinta de octubre al trece de diciembre de mil novecientos veintinueve (cuarenta y tres días), treinta y nueve pesos y ochenta y seis centavos. .	39 86
Suma.....$	99 86

Es así que por el concepto de intereses cubrió el fiador la de seiscientos pesos ($ 600), luego pagó en exceso la cantidad de quinientos pesos con catorce centavos ($ 500-14) que implica pago de lo no debido y da lugar conforme al artículo 2313 del Código Civil, a repetir lo pagado, o sea en el presente caso a declarar probada la acción del demandante, no en toda la extensión de su demanda sino en la que queda mencionada.

Por tanto, esta corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **revoca** la sentencia apelada y en su lugar resuelve:

Condénase a la Nación o República de Colombia a restituir al General Roberto Leyva M., dentro del término de seis días de notificado el presente fallo, la suma de quinientos pesos con catorce centavos ($ 500-14), en moneda corriente. No hay costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre ocho de mil novecientos treinta y dos.

En el escrito que antecede solicita el apoderado del señor Roberto Leyva M. la rectificación del error aritmético en que se incurrió al hacer la suma de los intereses a que fue condenada la Nación. Igualmente solicita copia de la rectificación que se haga y el desglose del poder con que obró en el juicio. Dos fueron las partidas de intereses que se reconocieron a favor del actor: la de treinta pesos y la de treinta y nueve pesos ochenta y seis centavos. Esas dos partidas dan la cantidad de se-

senta y nueve pesos, ochenta y seis centavos, pero por error de suma se puso la de noventa y nueve pesos, ochenta y seis centavos. Sobre esta base se dispuso en la sentencia definitiva de trece de agosto último que la Nación restituyera al demandante la cantidad de quinientos pesos catorce centavos, siendo así que ella debe aumentarse con treinta pesos más.

Por tanto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, rectifica el error numérico cometido, declarando que la cantidad que la Nación debe restituír al demandante, por razón de la sentencia atrás nombrada, es la de quinientos treinta pesos con catorce centavos ($ 530-14).

Expídase copia al interesado de la presente resolución y decrétase, con las formalidades indicadas en el artículo 363, inciso 4º del Código Judicial, el desglose de la escritura-poder con que dicho apoderado actuó en el juicio.

Notifíquese y cópiese.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Luis A. Amado**, Oficial Mayor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Sala Dual—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En el juicio sumario de oposición a la propuesta de contrato sobre explotación de petróleos, formulada a la Nación por la **Société Européene des Petroles**, los opositores señores Camilo Vanegas Q. y Bernardo Duque Vanegas introdujeron un incidente sobre acción exhibitoria, con el fin de que se decretara la presentación de algunos documentos por parte del señor Francisco Sáenz Arbeláez, persona extraña al juicio.

La enumeración de los documentos cuya exhibición se pide, así como la de los hechos que los demandantes se proponían demostrar con aquéllos, se hizo en los siguientes términos:

"Como se trata de elementos comprobatorios de derechos sobre inmuebles, es claro que nos referimos a documentos, datos, registros, escrituras públicas o de carácter público, pero que, por ser muy antiguos y hallarse en sitios o archivos que ignoramos y aun quizá por haberse sustraído originales de archivos de oficinas públicas, o por no quedar de ellos más que únicas copias, por haberse destruído en forma alguna las escrituras matrices, no nos son conocidos, aunque sí su existencia en poder del individuo contra quien dirigimos esta acción.

"Los hechos que nos proponemos demostrar son: que el Coronel Salvador Vicente Vanegas y Olarte fue dueño legítimo de los terrenos denominados **Comunidad Vanegas**, situados en Bolívar (Santander) y **Territorio Vásquez** (Boyacá); que era tal dueño de esos terrenos, alinderados como lo decimos en nuestro memorial de oposición que obra en los autos, en el momento de su muerte, acaecida en el año de mil ochocientos cuarenta y uno; que dichos bienes, por consiguiente, pertenecían al causante a la época de su muerte, y debían entrar o computarse en su haber herencial, y que, por tanto, siendo esos derechos de dominio anteriores al año de mil ochocientos setenta y tres, daban al dueño y a sus sucesores derecho sobre la propiedad del petróleo."

En cuanto a la prueba de existir en poder del señor Sáenz Arbeláez los documentos que debían ser materia de la exhibición, dijeron los articulantes:

"Que la cosa o documentos que se piden en exhibición se hallen en poder del señor Francisco Sáenz Arbeláez, es cosa que, aunque no es preciso probar ahora, sino al abrirse a prueba el incidente, puede definirse consultando las posiciones que rindió dicho señor ante el Juez 5º de este Circuito, y que obran entre las pruebas presentadas por nosotros con nuestro memorial de oposición, de fecha treinta de enero de este año, ante el Ministerio de Industrias."

Al contestar el traslado de la articulación sobre exhibición, manifestó el demandado en ella, señor Sáenz Arbeláez, que los únicos documentos a que se había referido en las posiciones por él absueltas ante el Juez 7º (no el 5º) del Circuito de Bogotá, y que podía exhibir, eran:

"1º Copia en papel común de los diversos documentos que me entregó Bernardo Duque Vanegas, y que este señor, en unión de don Camilo Vanegas Quijano, presentó como pruebas, con su memorial de oposición del treinta de enero del presente año, al Ministerio de Industrias.

"2º Copia en papel común de dos conceptos rendidos por el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la Texas Petroleum Company, relativos al derecho de dominio que alegan tener los demandantes, y que la Texas Petroleum Company posee originales, correspondiéndole, si fuere el caso, a tal Compañía, la exhibición como poseedora que es o debe ser de tales papeles."

Agotada la tramitación del incidente, fue fallado éste por el señor Magistrado sustanciador de la causa, en auto del seis del mes en curso, cuya parte dispositiva es:

"Exhiba en la Secretaría de esta Sala el demandado doctor Francisco Sáenz Arbeláez, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las copias en papel común de los documentos que los demandantes presentaron con su escrito de oposición, y las copias, también en papel común, de dos conceptos rendidos por el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres a la Texas Petroleum Company, para que la parte interesada tome los dibujos, copias o cualesquiera otros datos útiles para la cuestión que se debate o va a discutirse; todo con las precauciones necesarias, a fin de evitar perjuicios al poseedor o tenedor de tales documentos, doctor Francisco Sáenz Arbeláez."

Por haber interpuesto los articulantes el recurso de súplica contra la anterior providencia, y ser éste procedente, pasa la Sala Dual a efectuar la correspondiente revisión.

El artículo 298 del Código Judicial, en que se basa la petición que se considera, establece:

"Puede también pedirse la exhibición de un testamento o de cualquier otro documento que el peticionario quiera aducir como prueba, o del cual pretenda deducir algún derecho."

Aun cuando la disposición transcrita no exige expresamente que se determine con precisión el documento cuya exhibición se pide, este requisito es indispensable, tanto porque toda demanda debe contener la determinación de la cosa, cantidad o hecho que se demanda,

como para poder aplicar las sanciones que establece la ley para el caso de no presentarse el documento cuya exhibición se ordene, sino otro distinto.

La lectura de los pasajes antes transcritos de la demanda sobre exhibición, hace ver que los datos que en ella se contienen acerca de los documentos cuya presentación se desea, no son suficientes para individualizar éstos en forma que no puedan confundirse con otros. Allí se habla de "documentos, datos, registros, escrituras públicas o de carácter público" que puedan servir para comprobar que "el Coronel Salvador Vicente Vanegas y Olarte fue dueño legítimo de los terrenos denominados **Comunidad Vanegas**, situados en Bolívar (Santander) y **Territorio Vásquez** (Boyacá)," y que era tal dueño "en el momento de su muerte, acaecida en el año de mil ochocientos cuarenta y uno." Mas estas especificaciones adolecen de tal vaguedad, que a pesar de ellas, los mismos articulantes manifiestan que los referidos documentos no les son conocidos por ser muy antiguos y hallarse en sitios o archivos que ignoran, y aun quizás por haberse sustraído originales de archivos de oficinas públicas, o por haberse destruído en alguna forma las escrituras matrices y no quedar de ellos más que únicas copias.

Esta falta de determinación de la cosa que debe ser objeto de la exhibición, es de suyo suficiente para fundar el auto recurrido, sin que sirva de óbice para ello el hecho de que el señor Magistrado sustanciador le hubiera dado curso a la articulación, pues en el fallo de ésta es donde cabe examinar si la petición reúne todos los requisitos necesarios para su procedencia.

Pero a más de esta formalidad, media también la circunstancia de no haber suministrado la prueba de estar en poder del demandado los documentos de que se trata. En el auto suplicado se hace un estudio detallado sobre el particular, que patentiza la falta de la referida prueba, y los mismos recurrentes reconocen que, efectivamente, ésta no se ha producido, pero alegan que el auto que decidió el incidente fue festinado, a causa de haberse dictado sin que se hubieran practicado algunas pruebas importantes pedidas en tiempo.

Cabe observar a este respecto que en la articulación se concedió un término probatorio de nueve días, que empezó a correr el veintitrés de julio último y venció el dos del presente mes. Sólo a las tres de la tarde de este último día presentaron los demandantes su memorial de pruebas. El negocio fue pasado al Despacho del señor Magistrado sustanciador el día siguiente de vencido el término probatorio, o sea el tres del mes en curso, y recibió fallo el seis.

De estos hechos se desprenden las siguientes conclusiones:

a) El Secretario obró dentro de la ley al pasar al despacho el negocio al día siguiente de vencido el término probatorio, por ordenárselo así el artículo 356 del Código Judicial.

b) El señor Magistrado sustanciador obró también dentro de la ley al fallar el incidente al tercer día de puesto al despacho, por cuanto se situó dentro del término de cinco días concedido al efecto por el artículo 395 del mismo Código, y por cuanto la circunstancia de que no se hayan practicado una o unas pruebas, no interrumpe el término para fallar.

c) Los articulantes obraron con notoria poca diligencia en la atención del asunto, pues sólo presentaron su memorial de pruebas en las horas de la tarde del último día del término probatorio.

Hacen hincapié los recurrentes en no haberse podido notificar al señor Procurador el auto que decretó las pruebas, ni practicar consiguientemente éstas, a causa de la ausencia de dicho funcionario. Mas esto tampoco destruye la legalidad del auto que se revisa, pues cuando se fue a hacer la notificación al expresado funcionario, y no pudo llevarse a cabo la diligencia por ausencia de éste, ya estaba vencido el término de pruebas, según aparece de la nota del Secretario, visible a foja 5 vuelta del cuaderno número 13.

Por otra parte, no bastaba la simple notificación al Procurador para que pudieran practicarse las pruebas. Era menester también la notificación a las demás partes, entre las cuales se contaban los recurrentes, quienes no se presentaron a recibirla oportunamente, como el representante de la Société Européene des Petroles, por lo cual hubo necesidad de hacer la notificación por estado de fecha seis del mes en curso. De suerte que aunque el Procurador se hubiera notificado el tres, las pruebas sólo habían podido practicarse del siete en adelante, cuando ya estaba fallado el incidente, esto es, cuando ya no era dable la práctica de pruebas. Es, pues, extraño que los recurrentes se quejen de una situación que ellos mismos han creado o contribuído a crear.

Por lo expuesto, la Sala Dual confirma el auto que es objeto de la súplica, con la sola reforma consistente en negar en lo demás la exhibición pedida.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la **Gaceta Judicial**.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

ADVERTENCIA IMPORTANTE

En el número anterior (1888) de este periódico, en donde se publicaron algunos fallos dictados por la Corte en el presente año, corresponden: a la Sala de Casación Civil, los proferidos hasta el doce de abril; a la de Casación en lo Criminal, hasta el último de febrero; y a la de Negocios Generales, los de los meses de enero, febrero y parte de marzo. Esta aclaración se hace para rectificar la parte final de la advertencia preliminar de dicho número (1888), donde se lee: "....se ha resuelto acoger en el presente número los fallos dictados en los meses que van transcurridos del año de 1934."

El Relator.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

(Volumen 3°)

Extractada, compilada y anotada por

FERNANDO GARAVITO A.,

Relator de la Corte.

Años de 1919-1926, inclusive.

Esta importante obra de más de mil páginas, precedida de una nota sobre **Tecnicismo jurídico** y seguida de una lista de las disposiciones que han sido declaradas inexequibles por la Corte Suprema desde 1919 hasta 1928, está a la venta en la Imprenta Nacional a $ 5-50 el ejemplar en rústica.

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XL | Bogotá, septiembre 25 de 1934. | Número 1890

Director, FERNANDO GARAVITO A.
Relator de la Corte.

SALA DE GOBIERNO

República de Colombia—Poder Judicial—Corte Suprema de Justicia — Presidencia—Número ...—Bogotá, 14 de julio de 1934.

Señor Presidente de la Sala 2ª de Casación Civil—Presente.

Para su conocimiento, tengo el honor de transcribir a usted el siguiente Acuerdo aprobado por la Sala de Gobierno en sesión de fecha once de los corrientes:

"ACUERDO NUMERO 1º

"Corte Suprema de Justicia—Sala de Gobierno—Bogotá, julio once de mil novecientos treinta y cuatro.

"El doctor Jorge Méndez V. solicita se resuelva por la Sala de Gobierno de la Corte, si en el caso del artículo 353 del Código Judicial la parte no recurrente puede suministrar el papel necesario para que el asunto se reparta, consulta que hace por cuanto el señor Secretario de la Sala de Casación no ha querido repartir el negocio a que se refiere el doctor Méndez, en papel suministrado por él mismo, que no es la parte que recurrió en casación, acatando una decisión de la Presidencia de la primera Sala de Casación.

"Para dar vado al asunto, se observa:

"1º La Sala de Gobierno de la Corte tiene la facultad de reglamentar lo concerniente al reparto de los asuntos, como lo preceptúa el numeral 1º del artículo 41 del Código Judicial.

"2º La disposición del artículo 353 del Código Judicial debe interpretarse en este caso relacionándola con el artículo 346 de allí, que establece como regla general, que el papel para resolver las peticiones debe suministrarlo la parte que las haga, y el papel para tramitar un recurso el actor de él, de manera que si una persona interpone recurso de casación, ella es la obligada a dar el papel para la tramitación del recurso que interpuso, y es obvio que el recurso de casación no puede adelantarse si el negocio no se reparte en la Corte, y es conforme a la última parte del artículo 346, al recurrente a quien toca suministrar el papel para que el recurso adelante y se reparta el negocio.

"3º Guiada por esta regla general, la Sala de Gobierno no vacila en afirmar que cuando el artículo 353 habla de partes interesadas, cuando viene a la Corte un asunto en recurso de casación, que es el caso que contempla el artículo al cual se contrae este estudio, se refiere a aquellas que han interpuesto el recurso y no a las que figuran en el juicio, pues si la disposición quisiera referirse a todas las partes en el juicio, no hubiera dicho interesadas, pues siendo partes, la expresión **interesadas** sería una tautología, porque se ha visto que la regla general impone la obligación de suministrar papel a la parte que hace la petición o al actor del recurso, y es actor del recurso de casación quien lo interpone.

"4º Pero ahora puede presentarse esta cuestión: ¿la parte que no es actora en el recurso, puede, aunque no tiene obligación legal, facilitar el papel para la prosecución del recurso? ¿Hay alguna disposición que lo prohiba?

Es innegable que el artículo 353 concede a la parte que ha interpuesto un recurso de casación, el término de sesenta días para suministrar el papel para la actuación, y de ese término legal no puede privarse a la parte, sino en virtud de disposición expresa de la ley, que no la hay, y sería privado de él aunque de modo indirecto, si se permitiera que la contraparte suministrara el papel.

"Así lo había ya decidido la Corte en Acuerdo número 3 de siete de noviembre de mil novecientos diez y siete, tratando de un punto idéntico en esencia al que hoy se estudia.

"Ese término de sesenta días se justifica, y las razones invocadas por la Corte en este entonces y que hoy prohija la Sala de Gobierno, fueron las que tuvo en cuenta el legislador para dictar esa disposición.

"Ellas son:

'Aparte de estas razones derivadas de la historia misma y del cotejo de aquellas disposiciones, debe tenerse en cuenta que si el legislador, obedeciendo a motivos de conveniencia y aun de necesidad respecto de los litigantes de lugares remotos, quiso otorgar a los recurrentes un término de sesenta días como suficiente para procurarse los medios de sostener su recurso, reducir tal plazo por camino indirecto, como sería aplicando el artículo 35 de la Ley 40, sería cosa que no se aviene con los fines que el legislador se propuso.'

"Por lo expuesto, considera la Sala de Gobierno, que es la parte que ha interpuesto el recurso de casación la obligada a dar el papel para que el negocio se reparta, lo cual no puede hacerse en papel que suministre la parte opositora, porque a la parte recurrente no se le puede privar del término de sesenta días que le concede la ley para cumplir esa obligación.

"Cópiese, insértese en el acta y transcríbase a los señores Presidentes de las Salas 1ª y 2ª de Casación Civil.

"ENRIQUE A. BECERRA—**José Miguel Arango—Jenaro Cruz—Tancredo Nannetti—Maximiliano Galvis R.**, Secretario."

De usted atento y seguro servidor,

ENRIQUE A. BECERRA

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Resulta de autos:

a) Que los señores Félix Salazar e hijos, domiciliados en Manizales, celebraron con la Royal Insurance Company Limited, domiciliada en Inglaterra, con oficina principal en Liverpool, y representada en Bogotá por sus agentes autorizados, G. Pradilla & Co., el contrato de seguro que consta en la póliza número 1600|4303, que al efecto expidieron los expresados agentes en Bogotá el treinta de julio de mil novecientos veinticinco, y la cual testifica que, en virtud del pago hecho por aquellos señores (Félix Salazar e hijos) a la expresada Compañía, ésta asegura la suma de "diez mil pesos moneda legal colombiana, sobre las mercaderías secas de su propiedad, consistentes en telas en general, puestas a la venta en un local bajo del edificio de propiedad del señor Francisco Alvarez, que está situado en la manzana número 196, dando frente a la carrera 13, sin número, conforme al plano oficial de Manizales, depositado" en la expresada agencia; y allí se especifica que "la Compañía, por virtud de la presente, conviene con los asegurados (pero con arreglo a las condiciones expresadas en esta póliza y al dorso, que deben considerarse como parte del contrato), que si la propiedad arriba especificada, o parte alguna de la misma, fuere destruída o dañada por incendio, o por rayo, en cualquier tiempo entre el día siete de agosto de mil novecientos veinticinco y el día siete de agosto de mil novecientos veintiséis, a las cuatro de la tarde, o en caso de renovación de esta póliza, en cualquier época anterior, a cuatro horas de la tarde del último día del término por el cual se hubiere verificado dicha renovación, mediante el pago hecho a la Compañía y aceptado por ésta de la cantidad convenida para el premio, la Compañía pagará o indemnizará a los asegurados el valor de la propiedad destruída o el importe del daño sufrido, hasta una suma que no habrá de exceder, con respecto a los objetos cubiertos por cada uno o cualquiera de los artículos arriba especificados, de la cantidad asignada en esta póliza a cada artículo respectivamente, y no excediendo en su totalidad de la suma de tres mil libras esterlinas. Y no excediendo tampoco, en caso alguno, del interés asegurable perteneciente a los asegurados, con respecto a dicha propiedad y artículos a tiempo de acaecer el siniestro.

b) Que las mismas estipulaciones contiene la póliza número 16004370 que la dicha Compañía de Seguros **Royal**, representada por sus referidos agentes autorizados, expidió en Bogotá a favor de los mismos Félix Salazar e hijos, de Manizales, mediante el pago de veintitrés libras esterlinas, cinco chelines, para asegurar, del siete de agosto de mil novecientos veinticinco al siete de agosto de mil novecientos veintiséis, a las cuatro de la tarde, la suma de "tres mil libras esterlinas sobre las mercancías secas de su propiedad, consistentes en telas en general," puestas a la venta en el mismo local que expresa la póliza número 16004303.

c) Que la Eagle Star & British Dominions Insurance Company, Limited, domiciliada en Londres (Inglaterra), y representada por los mismos G. Pradilla & Co., sus agentes apoderados en Bogotá, expidió a favor de los mismos Félix Salazar e hijos, domiciliados en Manizales, dos pólizas de seguro, a saber:

1º La número 975574, de quince de agosto de mil novecientos veinticinco, válida del veintitrés de julio de mil novecientos veintiséis, para asegurar dos mil libras esterlinas, sobre las mercancías secas de propiedad de los asegurados, puestas a la venta en el mismo local especificado en las dos pólizas expedidas por la Compañía **Royal**, aquí mencionada, en caso de pérdida o daño legítimo, causado por incendio o rayo, la cosa arriba descrita o parte de ella," durante la vigencia de dicha póliza, en cuyo caso, dícese allí, "la Compañía pagará o indemnizará, por tal pérdida o daño causado, hasta un importe que no pase de la suma o sumas arriba especificadas, a cada una de las cosas aseguradas, y no excediendo en su totalidad de la cantidad total más arriba especificada"; y

2º La póliza número 975600, de primero de octubre de mil novecientos veinticinco, válida del dos de septiembre de ese año, al dos de septiembre de mil novecientos veintiséis, para asegurar contra pérdida o daño causado por incendio o por rayo en los mismos casos de que se acaba de hablar con relación a la póliza número 975574, tres mil libras esterlinas sobre las mercancías secas de propiedad de los asegurados, depositadas en un local del edificio de propiedad de la señora Sara J. de Velásquez, que está situado en la manzana número 196, formando esquina entre la carrera 12 y la calle 10, sin número, conforme al plano oficial de Manizales.

d) Que a excepción de la primera de esas pólizas, esto es, de la número 16004303, expedida por la Compañía Royal, en las otras tres se hizo constar el seguro anterior sobre las mismas mercancías; pero a pesar de esa omisión, la expresada Compañía, demandada en este juicio, ha reconocido, en principio, su obligación de indemnizar a los asegurados, lo que exime al juzgador de toda consideración sobre el particular.

e) Que, según los documentos que obran a fojas 23, 24 y 25 del cuaderno número 1º, las mercancías cubiertas con las pólizas números 16004303, 16004370 y 975574, aquí expresadas, fueron trasladadas, con el asentimiento de la Compañía aseguradora, del local indicado en dichas pólizas a otro local del edificio de propiedad de la señora Sara J. de Velásquez, situado en la misma manzana número 196, formando esquina entre la carrera 12 y la calle 10, sin número, conforme al plano oficial de Manizales, concepto plenamente justificado en este juicio, como hecho admitido por los aseguradores que las referidas mercaderías continuaron amparadas por las citadas pólizas en el local del edificio de la señora de Velásquez, a donde fueron trasladadas, toda vez que, como viene dicho, ellos han aceptado, en principio, la obligación que se les imputa de indemnizar los daños causados, provenientes de las mercaderías incendiadas en ese local.

f) Que el veinte de marzo de mil novecientos veintitrés, estando vigentes las cuatro pólizas de seguro aquí mencionadas, ocurrió en la ciudad de Manizales, en el local últimamente dicho, donde se hallaban las mercaderías amparadas por dichas pólizas, un incendio, por causa del cual, como se expresa en el hecho 8º del libelo de demanda, "se averió parte de las mercancías y otra parte desapareció en el salvamento."

g) Según lo afirmado en el hecho duodécimo de la de-

manda, justificado por otras constancias del proceso, las compañías aseguradoras designaron como tasadores de los daños sufridos por los demandantes a los señores Windle, Burlingame & Dargan Inc., de New York, y en representación de éstos estuvo en Manizales Víctor E. Algrant; y el diez y ocho de mayo de mil novecientos veintiséis, los asegurados Félix Salazar e hijos, formularon su reclamación a las referidas compañías, haciendo en ellas una detallada relación de todo lo pertinente al caso, bajo juramento que prestaron ante el Inspector 3º Municipal de Manizales, de que los informes suministrados en ese documento son ciertos y no contienen nada falso o incorrecto. En esa relación se halla el siguiente detalle completo de las pérdidas o daños debidos al incendio:

Mercancías robadas en el curso del salvamento.. .. .. .

ha venido a reducirse al análisis jurídico de una determinada prueba," y plantea así esa cuestión:

"En el segundo de los grandes incendios ocurridos en Manizales, los señores Félix Salazar e hijos sufrieron pérdidas que están amparadas por pólizas expedidas por las compañías de seguros sobredichas. Con apoyo en lo cual formularon su reclamo por varios renglones, entre ellos el de $ 23,630-91, valor de mercancías desaparecidas en el salvamento. Este reclamo fue rechazado por los ajustadores, siguiendo instrucciones de las compañías ('rejected as per instructions'), como puede verse en la copia de la liquidación que va a la página número 40 del cuaderno número 2º, en inglés, que aparece traducida en la página 3 del mismo cuaderno y que fue reconocida después debidamente por el gestor de la compañía que representa en Colombia a los aseguradores.

"Para su negativa o desconocimiento de la expresada cantidad, se apoya el asegurador en la cláusula 5ª de las pólizas de seguro, de conformidad con la cual ellos no garantizan los objetos robados en el siniestro o después del mismo.

"Situadas, pues, las compañías aseguradoras en el terreno de excepcionantes, necesitaban, obviamente, dar la prueba de su aserto, o sea del robo, que es un fenómeno jurídico de fisonomía perfectamente definida en la ley.

"Sin prueba ninguna de que tal fenómeno se hubiera presentado y sin haber siquiera hecho el intento de aducir comprobante alguno sobre el particular ni durante la instancia ni durante la mayor parte del término probatorio de la segunda, adujeron ahora la propia reclamación de los asegurados, visible al folio 1º del cuaderno número 4, documento que trajeron lleno de júbilo por cuanto los asegurados al discriminar las pérdidas pusieron un renglón que dice: 'Mercancías robadas en el curso del salvamento,' y por cuanto, según ellos, el empleo del adjetivo **robadas** indica una confesión clara y rotunda de que las mercancías desaparecidas habían sido por robo, lo cual los releva primero de indemnizar, por lo dispuesto en la cláusula 5ª de las pólizas, al mismo tiempo que de toda prueba, por el principio de derecho de que la confesión releva de toda prueba a la parte en cuyo favor se haga.

Como causal de casación alega el recurrente "la primera de las enumeradas por el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por ser la sentencia—dice—violatoria de la ley sustantiva, por errores de hecho y derecho, al apreciar la determinada prueba consistente en la reclamación jurada que por monto de los perjuicios presentaron los señores Félix Salazar e hijos," y los conceptos del Tribunal que motivan su acusación, los señala 'agrupados' en los siguientes párrafos de la sentencia recurrida:

"La discusión en consecuencia—dice el Tribunal—versa exclusivamente sobre la obligación de pagar la suma de veintitrés mil seiscientos treinta pesos noventa y un centavos ($ 23,630-91), reclamados por los asegurados en concepto de mercancías desaparecidas. Estas mercancías, según sostiene el apoderado de las compañías demandadas, están excluídas de las pólizas, a virtud del artículo 5º de ellas, que dice:

La presente póliza no garantiza:

a) Los objetos robados en el siniestro o después del mismo.

"En el curso de la primera instancia el apoderado de Félix Salazar e Hijos sostuvo que el pago de la cantidad cobrada en concepto de mercancías desaparecidas corresponde a los aseguradores, pues el artículo 708 del Código de Comercio hace de cargo del asegurador todas las pérdidas y deterioros que sean una consecuencia inmediata del incendio, como los causados por el calor, el humo o el vapor, los medios empleados para extinguir el fuego, la remoción de muebles y las demoliciones ejecutadas en virtud de orden de autoridad competente. De consiguiente, de acuerdo con este precepto, las mercancías extinguidas en un salvamento por mermas, roturas, filtraciones o hurtos, son de cargo de la compañía aseguradora.

"En la segunda instancia el apoderado de las compañías demandadas adujo como prueba la reclamación jurada que la Casa demandante presentó en Manizales a raíz del incendio, al representante de las casas aseguradoras, sobre las sumas de dinero que cobró como indemnización por razón del siniestro ocurrido en la citada ciudad el día veinte de marzo de mil novecientos veintiséis.

"En sentir de la Sala sentenciadora, el documento en cuestión define totalmente la controversia en contra de la sociedad demandante, por contener una confesión decisiva, confesión que en la presente litis hace inútil y carente de objeto toda discusión alrededor del punto debatido en la primera instancia, consistente en saber si con la cláusula arriba copiada, tomada de las pólizas, los aseguradores están exentos de pagar las mercancías desaparecidas en un incendio por hurto o por otras causas semejantes.

"La referida reclamación contiene el siguiente detalle de pérdidas:

'Detalle completo de las pérdidas o daños debidos al incendio:

'Mercancías robadas en el curso del salvamento.. .. ..$	23,630 91
'Demérito por avería en la mercancía salvada..	3,529 50
'Gastos de salvamento..	882 ..
'Total.. .. ..$	28,042 41'

"Como se ve, la primera partida demuestra fehacientemente que los asegurados a raíz del incendio convinieron expresamente en que las mercancías habían sido **robadas.**

"La confesión, más que una prueba, según la ley, es el relevo de toda prueba. De consiguiente, como según el demandante, la primera partida, que es la misma reclamada en la demanda, obedece a mercancías robadas, y según las pólizas, el asegurador no garantiza riesgos por robos, síguese que la aspiración del demandante de obtener el pago de las mercancías desaparecidas por robo es totalmente inadmisible."

Estima el recurrente que con los conceptos emitidos en esos párrafos de la sentencia, "demuestra el Tribunal que en las nociones que tiene de la confesión, le falta uno, que es cardinal, esencial de dicha prueba, según lo reconocen unánimemente todos los tratadistas de Derecho, esto es, el ánimo **confitendi.**

"Para que en una manifestación judicial o extrajudicial—dice—pueda hallarse el fenómeno jurídico llamado confesión, es indispensable que el que la hace lo haya hecho con ánimo de confesar, con ánimo de perjudicarse a sí mismo y de favorecer a su parte contraria.

"Pues bien, en el documento aducido como prueba, falta en absoluto este elemento, como el mismo documento lo comprueba; pues lejos de haberse aducido con ánimo de favorecer a las compañías demandadas o de reconocer un hecho en favor de ellas, se presenta con intención totalmente contraria, con el objeto exclusivo de presentarles un reclamo a las compañías aseguradoras por los daños debidos al incendio.

"Se necesita un desconocimiento completo, o mejor dicho, un concepto completo y errado de la confesión para reconocer este fenómeno en el empleo de la palabra robo o del adjetivo robadas, en aquella reclamación.

"La declaración, ha dicho Lessona (página 498, tomo 1º, de su Tratado de prueba en Derecho Civil), debe hacerse animada con la intención de confesar (subraya él mismo), de renunciar al propio derecho o de suministrar una prueba al adversario. En esto, como se verá, está el valor de la confesión. Este principio es importantísimo y fecundo en consecuencias prácticas. No son confesión las admisiones vagas y genéricas."

Luégo concluye así:

"a) Ante el requisito esencial del ánimo **confitendi** en la prueba que nos ocupa y ante el ánimo y objeto de parte de los asegurados, con que se ha presentado la reclamación, no queda la menor duda a mi manera de ver, de que el mismo documento que el Tribunal acepta como confesión, exhibe de modo incontestable el error de hecho en que se incurre al darle calidad de confesión.

"b) Semejante error de hecho, evidente en el propio documento, ha llevado al Tribunal a un error de derecho consistente en darle a la prueba una determinada fuerza que la ley no le asigna."

Observa la Corte que si bien es cierto que la manifestación que bajo juramento hicieron los demandantes, de que, el desaparecimiento de las mercancías cuyo valor reclaman de las compañías demandadas, provienen de que ellas fueron "robadas en el curso del salvamento," no fue hecha en contestación a demanda ni a excepción propuesta por su contraparte, ni en ningún otro acto judicial, no puede tacharse de erróneo el concepto del Tribunal que aprecia como confesión aquella manifestación que en documento privado hicieron los demandantes acerca de la existencia de un hecho que en este juicio les es perjudicial. Ahora, en cuanto al cargo por error de hecho, consistente en que el Tribunal al aceptar como confesión la manifestación hecha por los demandados en ese documento, no con ánimo de confesar ni con ánimo de perjudicarse a sí mismos y de favorecer a su adversario, sino con intención totalmente contraria, con el objeto exclusivo de presentarles su reclamo a las compañías aseguradoras por los daños debidos al incendio, apreció en dicha manifestación el ánimo **confitendi** que no existió en los que la hicieron, cabe observar que tal apreciación, no entraña una cuestión de hecho sino de derecho, toda vez que la ley reputa confesión toda manifestación acerca de la existencia o inexistencia de un hecho capaz de producir ciertos efectos jurídicos contra quien la hace, ya sea hecha esa manifestación en acto judicial o fuera de juicio, en conversación, en carta misiva o en cualquier otro acto o documento que no tenía por objeto servir de prueba del hecho controvertido (artículo 561 del Código Judicial); y contra esa manifestación hecha por alguna de las partes no se admite prueba dada por la misma parte, a menos que se alegue que ella fue hecha por yerro inculpable (artículo 569 ibídem), de todo lo cual se deduce que la ley presume el ánimo **confitendi** en toda manifestación que haga una persona en las circunstancias aquí dichas, como la que en el documento de diez y ocho de mayo de mil novecientos veintiséis hicieron los demandantes acerca de la causa del desaparecimiento de las mercancías de que se viene haciendo mérito.

Ha de observarse, además, que como bien lo hace anotar el recurrente, la precitada relación jurada de diez y ocho de mayo de mil novecientos veintiséis, en la cual declaran los demandantes que la pérdida de $ 23,630-91 allí anotada, proviene de "mercancías robadas en el curso del salvamento," con el objeto exclusivo de presentar un reclamo a las compañías aseguradoras por los daños debidos al incendio, esto es, con el único objeto de incoar el mismo reclamo de indemnización que posteriormente se formuló en el libelo de demanda que motivó el juicio que dio lugar al presente recurso de casación, resulta incuestionable que en esa reclamación la causa petendi es el robo de las referidas mercancías efectuado con ocasión del incendio. En el libelo de demanda se adujo con causa o razón de la demanda de indemnización referente a esa partida de $ 23,630-91, el desaparecimento de las mercancías durante el salvamento; pero con la presentación que luégo se hizo de la referida declaración jurada que los demandantes remitieron a Londres, quedó establecido que ese desaparecimiento provino de robo; y ello justifica el rechazo que los demandados opusieron a esa petición cuyo fundamento, causa o razón es un hecho expresamente exceptuado del seguro en todas sus pólizas, pues sabido es que, en los contratos de seguro la póliza es la ley por cuyas cláusulas, estricta y preferentemente aplicadas, deben resolverse las cuestiones que ocurran entre asegurado y asegurador, y sólo a falta de pactos lícitos, expresamente consignados en la póliza, son aplicables suplementariamente las disposiciones del Código (artículo 14, Ley 27 de 1888). Es, pues, totalmente infundado el concepto del recurrente de que tal objeción constituyó a los demandados en excepcionantes y, por consiguiente, en la obligación de probar el hecho que la motivó, ya que éste no es otro que el mismo que los demandantes aducen como causa o razón de su demanda, según resulta de la declaración jurada de que tanto se ha hecho mérito. Son, por tanto, infundados los cargos hasta aquí examinados, por error de hecho y por error de derecho en la apreciación del documento que contiene la referida declaración jurada que sirvió de fundamento a la reclamación de los demandantes ante las compañías aseguradoras.

Por las mismas razones se rechaza el cargo que, como complemento de los anteriores, formula el recurrente en estos términos:

"Cometidos por el Tribunal los errores que dejo apuntados, por una falsa idea de lo que es la confesión, sostengo que a falta de pruebas sobre el fenómeno robo que debían comprobar las compañías aseguradoras como excepcionantes en este juicio, han debido aplicarse en este pleito los artículos 542 y 543 del Código Judicial, de conformidad con los cuales el demandado debe probar los hechos en que funda su excepción, por ser regla general que el que afirma una cosa es el que tiene el deber de probarla; disposiciones estas dos últimas también que cito como quebrantadas de modo indirecto por

el Tribunal Superior por no haberlas aplicado siendo el caso.

"Sostengo—dice el recurrente—que es absolutamente caprichosa, sin el menor fundamento legal, la tesis que se sostiene en el último párrafo que acabo de transcribir, de hacer una diferencia entre robo en lo civil y robo en lo criminal. No hay motivo alguno para que venga el Tribunal a ser menos riguroso con los demandados acerca de un fenómeno jurídico estipulado por las partes que son iguales en derecho. Creo innecesario extenderme sobre la necesidad de demostrar el robo, cuandoquiera que ello sea necesario, o mediante una sentencia judicial que lo haya dado por establecido o mediante la demostración de todos los hechos o circunstancias constitutivas del mismo en juicio criminal que se abra expresamente con tal objeto. El Tribunal no tenía porqué salirse de las consideraciones que hayan obrado en el ánimo de las artes al pactar las estipulaciones de un contrato; no tenía porqué suponer o imaginar que el haber pactado el robo como excepción, una de las partes hubiera entendido que la prueba de este fenómeno jurídico podría acreditarse de una manera más o menos elástica o benigna.

"c) De suerte que cito también como violados por el Tribunal los artículos 1660 y 1663 del Código Judicial, por no haberlos aplicado al caso del pleito, para desconocer, como ha debido hacerlo, el carácter de confesión de un delito sin reunir para el hecho que se alega, todos y cada uno de los requisitos que estas dos disposiciones establecen. Ostensible error de derecho, puesto que admite la posibilidad de comprobar un delito por medios distintos de los trámites precisos que la ley indica para tal objeto."

Se observa:

El Tribunal no ha sostenido ninguna tesis tendiente a establecer "una diferencia entre el robo en lo civil y el robo en lo criminal." Lo que con sobrada razón ha dicho el sentenciador es que aquí no se trata de averiguar si hubo o nó delito con el objeto de establecer la responsabilidad penal," sino "únicamente de acreditar un hecho de consecuencias civiles," esto es, que aquí sólo se trata de apreciar si el hecho aducido por los demandantes como causa o razón para que se declare que los demandados están obligados a pagar o indemnizar el valor de las mercancías perdidas o desaparecidas que, "según la reclamación que a los representantes de las compañías aseguradoras (dice el hecho undécimo del libelo de demanda), formuló la compañía asegurada," fueron estimadas en $ 23,630-91.

Tampoco es exacto que a los demandados, para ser absueltos del cargo de la demanda referente a la mercancía desaparecida, estaban en la obligación de probar el robo de ella, toda vez que como cuando se presentó judicialmente la demanda (mayo veintiocho de mil novecientos veintisiete), ya se hallaba en poder de las compañías aseguradoras, remitida por los asegurados, la relación jurada de diez y ocho de mayo de mil novecientos veintiséis, y de ella resulta que las mercancías que en el libelo de demanda figuran como "desaparecidas," corresponden a los que bajo juramento, declararon los demandantes que fueron "robadas en el curso del salvamento." A ellos les bastaba hacer valer esta circunstancia y lo estipulado en la cláusula 5ª, ordinal a), de las pólizas para rechazar ese cargo de la demanda. Otra cosa sería si los demandantes hubieran aducido como causa de esa reclamación el haber perecido las mercancías consumidas por el incendio, y los aseguradores sostuvieran que no fue por esa causa sino por robo. En ese caso habría correspondido a los demandados dar la prueba de ese hecho.

Por lo demás, como la manifestación hecha por los demandantes y apreciada por el Tribunal como una confesión de que las mercancías en referencia fueron robadas en el curso del salvamento, no se refiere a un auto criminoso ejecutado por los demandantes y que pueda acarrearles una condena en juicio criminal, no es pertinente al caso de autos lo que establecen los artículos 1660 y 1663 del Código Judicial, que el recurrente estima violados por el Tribunal, por no haberlos aplicado al caso del pleito, como en su concepto debió haberlo hecho.

También es infundado este tercer motivo.

"Y por último—dice el recurrente—acuso la sentencia como violatoria de los artículos 1608 del Código Civil y 219 del Código de Comercio. Del primero, por cuanto estima que los aseguradores no están en mora, habiendo dejado de pagar, como dejaron, la indemnización al presentárseles el reclamo; y el segundo por cuanto dejó consecuencialmente de aplicarla y al tenor del cual en los negocios de comercio, cuando hayan de pagarse réditos sin haberse especificado, se entenderán los más altos corrientes de la plaza en caso de mora, y el término medio en los demás casos." "Los intereses de un seguro corren desde el siniestro, por aplicación del artículo 1542 del Código Civil y 445 del Código de Comercio." Dijo la Corte en el pleito de Vélez & Labiosa con la Compañía Colombiana de Seguros (1925).

El concepto del Tribunal que motiva este cargo, lo señala el recurrente en este paso de la sentencia:

"La condenación por los intereses de la suma reconocida no es procedente, en virtud de que los aseguradores no se pueden considerar en mora de pagarla."

Fue esta la razón en que se fundó el Tribunal para negar la tercera petición de la demanda, que es de este tenor:

"Las Compañías aseguradoras pagarán a la Casa asegurada como rédito de la suma debida, el mayor interés corriente en la plaza desde que se causó a deber hasta que el pago se verifique."

Para resolver sobre este último cargo, se considera:

Según lo establecido en el artículo 1608 del Código Civil, que el recurrente estima violado, el deudor está en mora:

"1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado," y desde que el deudor de la obligación de pagar está en mora queda en la obligación de pagar intereses a su acreedor.

Según lo establecido en el artículo 11 de las condiciones de las precitadas pólizas, para que el asegurado pueda hacer efectivo su derecho a ser indemnizado, debe presentar por escrito su reclamación a los aseguradores, con arreglo á lo que allí se prescribe, y a justificar esa reclamación si la compañía lo exigiere, ya en lo referente a la responsabilidad de ésta o ya en cuanto al importe de la reclamación. Los asegurados, ajustándose a esas normas, formularon su reclamación el diez y ocho de mayo de mil novecientos veintiséis, y la remitieron a

los aseguradores, detallando así, como arriba se dijo, las pérdidas y daños debidos al incendio:

"Mercancías robadas en el curso del salvamento.. .. ..$ 23,630 91

"Por demérito y avería de la mercancía salvada y gastos de salvamento.. .. .. 4,411 50"

Como viene dicho, los aseguradores rechazaron la primera de esas dos partidas y aceptaron la segunda; pero como el valor de las mercancías aseguradas, conforme a la declaración de los asegurados, comprobada por los tasadores nombrados por los aseguradores, ascendía, el día del incendio, a $ 73,836-18, y como por otra parte, el seguro contratado en las cuatro pólizas, sobre esas mercancías, sólo ascendía, en moneda colombiana, a $ 49,400, resultando un exceso de $ 24,436-18, no amparado por dichas pólizas, era el caso de darle aplicación al artículo 17 de las condiciones de esas pólizas, que dice: "cuando en el momento de un siniestro, los objetos garantizados por la presente póliza tengan en conjunto un valor total superior a la cantidad por la que hayan sido asegurados, el asegurado será considerado como su propio asegurador por el exceso, y, por lo tanto, soportará su parte proporcional de perjuicios y daños."

Hecha esa liquidación por los tasadores nombrados por las compañías aseguradoras, desde el tres de mayo de mil novecientos veintiséis, resultó lo siguiente:

Cuota que en proporción a la suma asegurada deben pagar los aseguradores sobre el monto de la pérdida reconocida por éstos.. .. ..$ 2,951 50

Cuota que en proporción al excedente sobre el valor del aseguro corresponde a los asegurados en las mismas pérdidas reconocidas por los aseguradores.. .. .. 1,460 ..

¿Desde cuándo pesa sobre las compañías demandadas la obligación de pagar a los demandantes la indemnización fijada por sus propios tasadores?

Tratándose del seguro marítimo dispone el artículo 445 del Código de Comercio Marítimo que "no expresándose en la póliza la época del pago de las cosas aseguradas, daños y gastos de la responsabilidad de los aseguradores, éstos deberán verificarlo dentro de los diez días siguientes al en que el asegurado presente su cuenta debidamente documentada."

Esto mismo es aplicable al seguro de transportes terrestres, por especial disposición del artículo 729 del Código de Comercio Terrestre; pero para el pago de la indemnización debida al asegurado contra incendio, la ley de la República no otorga plazo alguno al asegurador, y, en el caso de autos, no se estipuló ningún plazo ni los aseguradores han demostrado que las leyes del país de su domicilio les otorgan un término especial para verificar ese pago (artículo 703 del Código de Comercio), por lo que estima la Sala que los aseguradores debieron haber cumplido dicha obligación en la fecha en que los asegurados presentaron su reclamación con arreglo a la cláusula 11 de las pólizas, ya que para esa fecha había sido tasado el siniestro, con arreglo a las mismas pólizas; y liquidada a cargo de los aseguradores como importe de los daños causados por el incendio, la suma de dos mil novecientos cincuenta y un pesos cincuenta centavos ($ 2,951-50), que es la misma a que ahora se les condena. Ese importe deducido a cargo de los aseguradores por su propio representante señor Víctor E. Algrant, debió haber sido pagado en aquella fecha, toda vez que dicho señor vino investido de plenas autorizaciones no sólo para liquidar sino también para pagar el siniestro, según lo expresan los apoderados representantes de las referidas compañías, señores G. Pradilla & Co., por medio de su socio señor Antonio María Pradilla, en las posiciones absueltas por éste ante el Tribunal Superior de Bogotá, el veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta. Allí se hacen las siguientes declaraciones: "las compañías enviaron un agente especial (al señor Algrant), a ajustar y pagar el siniestro a Manizales; dicho señor llegó allí, recibió las reclamaciones correspondientes, pagó lo que de acuerdo con éstas y con las condiciones de las pólizas debía pagar en nombre de las distintas compañías, y regresó a Inglaterra, presentando directamente a las compañías y sin ingerencia nuestra, cuenta del resultado de sus gestiones."

¿Por qué no se pagó a los demandantes las sumas liquidadas a su favor? No puede decirse que por no haber sido aceptada por los aseguradores, porque además de las autorizaciones que al efecto trajo el agente especial señor Algrant, los mismos apoderados G. Pradilla & Co., en carta de veinte de enero de mil novecientos veintisiete, manifestaron a los demandantes que "entre éstos y los aseguradores no hay diferencia en cuanto al importe de las pérdidas y daños sufridos"; "comoquiera que ustedes—dice la Carta—fijaron las pérdidas por el incendio, las cuales fueron aceptadas por la Compañía." Tampoco puede decirse que los demandados retienen esa suma en su poder porque los demandantes se negaron a recibirla, porque ello no resulta de autos y porque, en tal caso, para no caer en mora y librarse de la sanción correspondiente, debieron haber hecho el pago por consignación, ya que—como lo ha dicho la Corte—"la consignación se halla establecida para todo evento en que se debe algo y en que el acreedor rehusa o no comparece a recibir, bien se trate de contratos unilaterales, bien de bilaterales." (Casación 13 de julio de 1907, XVIII, 118, 1ª).

Es, pues, casable la sentencia por este motivo, en cuanto absolvió a los demandados de la obligación de pagar intereses sobre la suma a que fueron condenados, por estimar que no se les puede considerar en mora de pagarla.

Para resolver en instancia, basta agregar que el interés que en este caso ha de pagarse es el corriente en la plaza, ya que, como lo ha dicho la Corte, "el contrato de seguro es un acto comercial tanto para el asegurador como para el asegurado." (Casación, 21 noviembre 1924, XXXI, 143, 3ª).

Casada en esa parte la sentencia recurrida, sus demás disposiciones que quedan vigentes, se incorporarán en el presente fallo en su parte resolutiva, como lo ordena el artículo 12 de la Ley 90 de 1920.

De acuerdo con 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 parcialmente la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, el veintinueve de julio de mil novecientos treinta, y, en su lugar, resuelve:

1º Las compañías aseguradoras denominadas **Royal Insurance Company, Limited,** domiciliada en Inglaterra, con oficina principal en Liverpool, e **Eagle Star & British Dominions Insurance Co., Limited,** domiciliada en Londres, demandadas en este juicio, están obligadas a pagar, a prorrata de las pólizas relacionadas en la demanda y en el curso de esta sentencia, a **Félix Salazar** e

hijos, sociedad mercantil colectiva, con domicilio en Bogotá y Manizales, el importe del daño sufrido por éstos a causa del incendio ocurrido en Manizales el veinte de marzo de mil novecientos veintiséis.

2º Condénase a las expresadas compañías aseguradoras a pagar a Félix Salazar e Hijos, dentro de los seis días siguientes al de la notificación del auto del Juez en que ordene obedecer y cumplir esta sentencia, la cantidad de dos mil novecientos cincuenta y un pesos, cincuenta centavos ($ 2,951-50), a prorrata de sus respectivas pólizas, en concepto del daño en referencia, quedándoles a salvo a los aseguradores la facultad de optar por el reemplazo de las mercancías destruídas.

3º Condénase a las mismas compañías aseguradoras a pagar a Félix Salazar e Hijos el interés corriente en la plaza sobre la suma expresada en el punto que precede, en la proporción que allí se establece, desde el diez y ocho de mayo de mil novecientos veintiséis hasta la fecha en que se verifique el pago.

4º Absuélvese a las compañías demandadas de los demás cargos de la demanda, así como de las costas del juicio. . .

Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia.

Sin costas en este recurso.

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

JOSE JOAQUIN HERNANDEZ—**Germán B. Jiménez.** El Conjuez, **Manuel Ocampo—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juzgado del Circuito de Cartago, el doctor Gregorio Giraldo García, en su condición de apoderado de la señora Dolores Orozco de Chaves, demandó al señor Buenaventura Chaves, para que con su audiencia, se declarase la simple separación de bienes entre éste y su esposa, Dolores Orozco de Chaves.

Fundó su demanda en los artículos 197, 154, 201 del Código Civil; 2º y 3º de la Ley 8ª de 1922; 8º, 9º, 10 y 11 de la Ley 40 de 1907, y en varios hechos, de los cuales se destacan los siguientes:

. . . . . .

"5º El cónyuge señor Buenaventura Chaves ha incurrido en el absoluto abandono de los deberes de esposo y de padre, en un lapso aproximado de quince años, y aún insiste en su renuencia en el cumplimiento de tales deberes, lo que compruebo con las declaraciones rendidas extrajuicio ante el señor Juez Municipal de Anserma, por los señores Emilio Santacoloma, Jerónimo Ortiz, Pablo Emilio Salazar, Ramón Orozco y Alfredo Osorio, las cuales acompaño a la presente demanda. Los hechos constitutivos del abandono consisten en el olvido absoluto de la esposa y de los hijos, y en no socorrerlos, considerarlos y ayudarlos, y en haberse denegado a la educación de éstos de la manera que prescriben las leyes y que aconsejan las más elementales nociones de moral y de humanidad.

"6º Por su parte, mi poderdante ha vivido honestamente, guardando buenas costumbres."

Contestó el señor Chaves rechazando la demanda, negando el hecho 5º transcrito, y oponiendo varias excepciones.

El Juez del conocimiento falló la controversia así:

"1º No es el caso de decretar, y no se decreta, la separación de bienes entre los cónyuges de legítimo matrimonio, señores Buenaventura Chaves y Dolores Orozco de Chaves.

"2º En consecuencia, se absuelve al señor Chaves de los cargos a que se refieren los puntos respectivos de la demanda; y

"3º Si esta sentencia llegare a ejecutoriarse, se levantará el secuestro de los bienes, llevado a cabo al iniciar el juicio, para lo cual se darán las órdenes del caso a quienes corresponda.

"No se hace especial condenación en costas."

El Tribunal Superior de Buga confirmó en todas sus partes la sentencia del Juez.

Contra la del Tribunal, el apoderado de la señora de Chaves interpuso recurso de casación, que la Corte admite por hallarlo ajustado a las prescripciones legales, y procede a resolver en el fondo.

El recurrente alega las causales primera y segunda de casación.

Respecto de la última, dice lo siguiente:

"Al tenor del artículo 2º de la Ley 169 de 1896 (numeral 2º), constituye motivo de casación el hecho de que la sentencia no esté en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. En el presente caso no lo está. En efecto: la señora Orozco de Chaves entabló la demanda pretendiendo la separación de bienes de la sociedad conyugal, con el fin de salvaguardiar sus intereses, que se han menoscabado y están en peligro de perderse. Con las declaraciones que se citaron atrás y con las mismas pruebas producidas por la parte demandada, y además, con las declaraciones de Manuel N. Salazar, Julio Londoño B., Carlos Vélez, Ubaldo Ochoa y Pablo E. Hoyos, personas de reconocida honorabilidad, como lo certifica el señor Juez 2º del Circuito, a folio 25 del cuaderno número 4, quedó establecido el derecho de mi mandante, y sin embargo, el Tribunal de Buga no dictó su proveído de acuerdo con las pretensiones de la señora Orozco de Chaves."

Se considera:

Consiste la segunda causal de casación, conforme al artículo 2º de la Ley 169 de 1896, en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya porque se resuelva sobre puntos que no han sido objeto de la controversia, o se deje de resolver sobre algunos que lo han sido.

En el presente caso, la controversia versó sobre separación de bienes, y el Juez absolvió al demandado de los cargos de la demanda. La sentencia del inferior fue confirmada por el Tribunal, de manera que ambos fallos recayeron sobre el objeto del pleito.

Ahora, si la sentencia debió ser en otro sentido, por haber errado el Tribunal en la apreciación de las pruebas o en la aplicación de la ley, eso es materia de la primera causal de casación.

Respecto a ésta, alega el recurrente que el fallo es vio-

latorio del artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, en consonancia con el 154 del Código Civil, tanto por errada interpretación de ese artículo como porque su aplicación fue indebida, ya que acreditados suficientemente los hechos de la demanda, la separación no se decretó.

En efecto—continúa exponiendo el autor del recurso—la sentencia se aparta de la verdad comprobada, pues con las declaraciones de los señores Emilio Santacoloma, Jerónimo Ortiz, Pablo E. Salazar, Ramón Orozco y Alfredo Osorio, se demuestra que hace más de quince años el demandado se ausentó de la población de Anserma, abandonando a su esposa y a sus hijos, y hacen consistir ese abandono en que no les proporciona a los suyos lo necesario para vivir siquiera modestamente, y que no cumple con las obligaciones de esposo y de padre, pues tanto en Cartago, donde está actualmente radicado, como en Anserma, lleva una vida crapulosa, sosteniendo relaciones ilícitas, conviviendo con mujeres de vida deshonesta, rompiendo así la armonía del hogar con su ejemplo depravado y anticristiano.

El Tribunal analizó en su fallo estas declaraciones, y dijo al respecto:

"Ocurre, sin embargo, que al reparo hecho en el alegato de conclusión por el apoderado del señor Chaves, sobre el parentesco de dos de los declarantes con la señora Orozco, se suman estas otras consideraciones: no haber cumplido los declarantes nombrados con lo estatuído en el artículo 636 del Código Judicial, a lo menos en cuanto al cargo hecho al demandado por incumplimiento de sus deberes de marido y de padre legítimo; porque si precisamente el abandono tuvo su origen en el cambio de residencia, es natural que quedaran más obligados los declarantes a dar razón de sus afirmaciones, tanto más cuanto que el único hecho que se destaca como cierto es la mudanza de domicilio; el reconocimiento que hicieron como testigos el doctor Tomás O. Eastman y don Eliseo Piedrahita, de haberle aconsejado ellos al señor Chaves que, para la seguridad de su persona, puesta en peligro con la muerte de Luis Arroyave, debía alejarse de Anserma, insinuación a la cual, dice el primer declarante, no se mostró dispuesto el señor Chaves, quien alegaba, para no retirarse de Anserma, motivos de familia y sus negocios."

Se abstuvo, pues, el sentenciador de considerar la prueba del abandono absoluto del señor Chaves en el cumplimiento de sus deberes de esposo y de padre, que fue el fundamento de la demanda, por dos razones, a saber: la tacha de incapacidad de dos de los testigos y la falta de cumplimiento de los declarantes con lo estatuído en el artículo 636 del Código Judicial, esto es, no haber expresado clara y distintamente el medio como tuvieron conocimiento de los hechos afirmados por ellos, a lo menos en cuanto al cargo hecho al demandado por incumplimiento de sus deberes de marido y de padre legítimo.

Considera la Corte que todos los testigos cuyas declaraciones estima como erróneamente apreciadas el autor del recurso, están de acuerdo en que el señor Buenaventura Chaves se ausentó de la población de Anserma hace quince años (los testigos declaran en el año de mil novecientos veintinueve), y fue a radicarse a Cartago, dejando en abandono a su mujer y a sus hijos, en forma tal, dicen los testigos, que ni siquiera por vía de paseo ha vuelto a esa población.

Es cierto, afirman los testigos, y así lo aseguran por constancia directa y personal que la señora Orozco de Chaves se vio precisada a luchar sola por la educación y establecimiento de los hijos, sin contar con el apoyo de su esposo para nada, al menos desde hace quince años. Como se ve, los testigos dan como razón de su dicho la constancia directa y personal; pero hay dos de ellos que, en concepto de la Corte, dan una razón que desvirtúa la apreciación del Tribunal, el cual echa menos el medio como han tenido conocimiento de los hechos, y son las de los señores Jerónimo Ortiz y Ramón Orozco, parientes de la señora de Chaves, y que no están comprendidos en la tacha por falta de imparcialidad (artículo 599 del Código Judicial).

Dice el primero:

"Sé y me consta que Chaves no cumple con sus deberes de esposo, porque yo, personalmente, doy a cuenta del señor Rubén Arango, para la señora Dolores Orozco, como donación que dicho señor le hace, la suma de diez y nueve pesos con cincuenta centavos oro, para atender a su subsistencia personal, cosa que hace Arango en su condición de familiar, puesto que él casó con la señora Dolores Cruz Chaves; informe éste más que suficiente para que se note el abandono por parte de Chaves, y, además, es público que en nada le sirve a su familia, en un tiempo mayor de quince años. Se advierte que la suma dicha se da mensualmente."

El señor Ramón Orozco, repreguntado, dijo:

"Por conocimiento directo y personal sé que Chaves se ausentó para la población de Cartago, dejando sola a su esposa y familia en general.

"Segundo. Porque siendo, como lo es, público y notorio en esta población, el abandono de Chaves a su familia, y por las mismas manifestaciones de ésta (la familia), y también porque la señora Orozco de Chaves, por donación que el señor Rubén Arango o su esposa, señora Cruz (Dolores), sólo recibe para su sustento y demás, la exigua cantidad de diez y ocho a veinte pesos oro mensuales, que entrega el señor Jerónimo Ortiz; donación ésta que aquéllos hicieron en vista de las circunstancias apremiantes en que se ha encontrado la señora Orozco, desde el total abandono por parte de su esposo."

Estas declaraciones son terminantes en el sentido de que hay abandono absoluto de parte del señor Chaves de sus deberes de esposo, por cuanto poseyendo la sociedad conyugal cuantiosos bienes, según se ha demostrado, la señora de Chaves vive de la caridad de uno de sus parientes.

Por tanto, el Tribunal erró de hecho al desechar, por los motivos que invoca, las declaraciones que se dejan examinadas, y que citó como erradamente apreciadas el autor del recurso, lo que lo condujo a la violación del artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, en relación con el artículo 154 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito.

El Tribunal considera que el demandado presentó pruebas que le favorecen, como la de haberse visto obligado a ausentarse de Anserma para radicarse en Cartago, por razones de seguridad personal, y el haber suministrado durante su ausencia recursos a su familia durante los años de mil novecientos once a mil novecientos diez y siete, por intermedio de su apoderado Graciano

Quiceno; pero la primera no desvirtúa la anormalidad de un hogar en que su jefe reside en lugar distante del centro de la familia, y la segunda se refiere a un período que dista catorce años de la fecha de la presentación de la demanda. Además, estas pruebas en nada desvirtúan la que se ha analizado, referente a que la señora de Chaves ha tenido que recurrir a la generosidad de uno de sus parientes, para atender a su subsistencia personal con la exigua pensión de diez y nueve a veinte pesos mensuales.

Sin que pueda increparse a la señora Orozco de Chaves que se haya obstinado en permanecer en Anserma y no seguir a su marido a Cartago, por desvío o por capricho, pues los testigos Manuel N. Salazar, Carlos Vélez, Julio Londoño B., Ubaldo Ochoa, personas abonadas como honorables y prestigiosas en la sociedad, conceptúan fundadamente que la señora Chaves no fue a vivir con su marido "por la triste y dolorosa experiencia que tenía ya de la conducta moral de aquél."

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 que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Buga el veintinueve de abril de mil novecientos treinta y uno, revoca la de primera instancia, y en su lugar resuelve:

1º Decrétase la simple separación de bienes entre los esposos Dolores Orozco de Chaves y Buenaventura Chaves.

2º Ordénase la liquidación de la sociedad conyugal formada por dichos esposos, y la respectiva entrega de los bienes que correspondan en esa liquidación a cada uno de los socios, de acuerdo con la ley.

Sin costas.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Por escrito de diez y siete de septiembre de mil novecientos veinticuatro, corregido por el de veintiocho de octubre de mil novecientos veintiséis, Francia Helena Hernández T. manifestó al Juzgado único del Circuito de Sincelejo, que demanda en juicio civil ordinario a Gerardo, Guillermo y Diógenes B. Hernández T., a la Sociedad Hernández & Co., representada por Diógenes B. Hernández, y a Isabel Elías.

Con tal propósito, adujo los siguientes hechos:

"1º Por escritura pública número noventa y siete (97), de fecha veintisiete de julio de mil novecientos once (1911), el señor Gerardo Hernández, en su carácter de socio administrador de la Sociedad comercial que entonces giraba con la razón social de 'Hernández Torres & Compañía,' transfirió simuladamente, y a título de venta, al señor Diógenes B. Hernández, un casa situada en la Calle de Chacurí, de esta ciudad, alinderada así, según reza el aludido título, otorgado en la Notaría de este Circuito: por la derecha de su entrada, con casa de Hernández Torres & Co.; por la izquierda, calle de por medio, con casa de la familia Sierra Ferias; por el fondo, con casa que era antes del señor Dionisio Montes, hoy del señor Manuel Molina, pero con callejón de por medio; por el frente, Calle de Chacurí por medio, con casa de la familia Támara.

"2º En el contrato de compraventa contenido en la escritura pública arriba mencionada, se hizo constar que el precio de la venta es la cantidad de quinientos pesos ($ 500) oro americano, que el otorgante confesaba haber recibido a nombre de la Sociedad vendedora, precio éste que, por tratarse como se trató, de un contrato simulado, no figura en los libros de la Sociedad Hernández Torres & Co., según es fácil comprobarlo.

"3º Hecha la venta simulada, los señores Hernández Torres & Co. continuaron ejerciendo actos de posesión y dominio sobre la prenombrada casa, la que continuó figurando como bien propio de la aludida Sociedad.

"4º Poco tiempo después se puso en estado de liquidación la Sociedad Hernández Torres & Co., por haberse convenido en disolverla; y para los efectos de iniciar y adelantar los actos de liquidación, fueron nombrados liquidadores los señores Gerardo Hernández T. (el mismo que concurrió al otorgamiento de la escritura de venta simulada a favor del señor Diógenes B. Hernández) y Agustín D. Hernández.

"5º Estos señores, empeñados en asegurar sus propios intereses por sobre toda otra consideración, llevaron a cabo los actos de liquidación, hicieron adjudicaciones y atribuyeron el dominio de la finca de que vengo hablando, adjudicándola a mi señora madre, Narcisa Torres viuda de Hernández, por ser ella uno de los socios de la Sociedad disuelta.

"6º Narcisa Torres viuda de Hernández, adquirente de buena fe, no sólo de la aludida finca sino de otros bienes, y procediendo con igual buena fe, vendió tal finca y el potrero nombrado Nueva York, a los señores Gerardo y Guillermo Hernández, por escritura pública número 10, de fecha veinticinco de enero de mil novecientos trece (1913), otorgada en la Notaría de este Circuito; haciendo constar en esa escritura pública, que "las citadas fincas las hubo la otorgante como parte de lo que le correspondió en la liquidación de la extinguida casa de comercio que giró en esta plaza bajo la razón social de Hernández Torres & Co., de la cual fue socio, según consta de la diligencia respectiva.

"7º Gerardo Hernández T., después de que, como socio de Hernández Torres & Co., vendió simuladamente la casa a Diógenes B. Hernández, consideró esa casa como de la sociedad de comercio citada, y la consideró de ella desde luégo que en unión del otro liquidador de la misma Sociedad la adjudicó a Narcisa Torres viuda de Hernández, como parte destinada al pago de su haber en la aludida Sociedad, y reconociendo en la forma más explícita de reconocimiento que haber pueda, cual lo es una escritura pública, que Narcisa Torres era la dueña de esa casa, con tánta eficacia como lo fue respecto del potrero Nueva York, y no perdiendo de vista—como no podía perderlo don Gerardo—que ya antes había otorgado escritura de venta de la misma casa a Diógenes B. Hernández, acepta la venta que a favor de él (Gerardo) y de Guillermo Hernández le hace Narcisa Torres en enero veinticinco de mil novecientos trece (1913); y así, dueños

de la casa, me la venden luégo por la suma de dos mil pesos oro ($ 2,000), por medio de escritura pública número 30, de fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos veintiuno, corrida en la misma Notaría.

"8ª Por escritura pública número 172, otorgada el once de septiembre de mil novecientos veinticuatro, Diógenes B. Hernández vendió la casa en referencia a la Sociedad Hernández & Co., y ésta, a su vez, se la vendió a Isabel Elías, por escritura número 113, de veintiuno de julio de mil novecientos veinticinco, otorgada en la Notaría del Circuito de Sincelejo.

"Tratando yo de recobrar la posesión de la casa, y no pudiéndola obtener, intenté una demanda ordinaria ante el Juzgado a su digno cargo, fechada el veinticuatro de julio de mil novecientos veintidós; pero como entonces—y por un evidente error de derecho—pedí que se declarara nula la escritura pública número noventa y siete (97), de veintisiete de julio de mil novecientos once, en vez de pedir que se declarara la nulidad del contrato mismo, contenido en esa escritura (y aun otras cosas más que pido hoy), sucedió que el juicio fue fallado en segunda instancia, con la declaración hecha por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, en sentencia de julio último, de ser improcedente la acción civil que entonces intenté."

Fundada en esos hechos, formula así la parte petitoria:

"Primera. Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 97, de fecha veintisiete de julio de mil novecientos once, otorgada en la Notaría de este Circuito; nulidad de contrato que proviene de ser éste fingido o simulado, por cuanto entre Diógenes B. Hernández, como falso comprador, y Hernández Torres & Co., Sociedad comercial, que tuvo su domicilio en esta ciudad, y falsos vendedores, existió un concierto o inteligencia encaminado a aparentar una compraventa en la que ni los vendedores se propusieron vender ni el comprador se propuso comprar la finca raíz individualizada en la prenombrada escritura pública, y cuyos linderos reproduzco al principio de este libelo.

"Segunda. Que tal simulación, efecto del engaño con que los vendedores procedieron, se caracterizó, entre otros motivos de nulidad, en la falsa declaratoria hecha por el socio señor Gerardo Hernández T., en la prenombrada escritura de venta, respecto a haber recibido el precio de dicha venta la sociedad vendedora, pues tal precio no la recibió en ningún tiempo la Sociedad aludida, como es falso comprobarlo.

"Tercera. Que como consecuencia de la nulidad apuntada, la única transferencia válida del dominio de la finca raíz de que vengo hablando, es la hecha a mi favor; y por ello el señor Diógenes B. Hernández, actual poseedor, debe restituírme dicha finca con todos sus accesorios y frutos, dentro de los seis días siguientes al en que se notifique la sentencia.

"Cuarta. Que subsidiariamente, y si se declarare que no es nulo, por no haber simulación, el contrato de compraventa prenombrado, debe declararse que de parte de Gerardo y de Agustín D. Hernández hubo evidente mala fe en su carácter de liquidadores de la Sociedad, hoy extinguida, que giró con la razón social de Hernández & Co.; mala fe que presidió los actos de dichos liquidadores al considerar, como consideraron, no obstante la venta hecha a Diógenes B. Hernández, que la casa transferida a éste formaba parte del patrimonio de la Sociedad Hernández Torres & Co., para adjudicarla como en tal calidad la adjudicaron ellos mismos, a la señora Narcisa Torres viuda de Hernández, en parte de pago de lo que a dicha señora correspondía y correspondió como socio de la prenombrada Sociedad.

Quinta. Que cuando Gerardo Hernández y Guillermo Hernández le compraron, entre otros bienes, la casa de que vengo hablando, a Narcisa Torres viuda de Hernández, por escritura pública número 10, de fecha veinticinco de enero de mil novecientos trece, sabía Gerardo Hernández que la casa, tántas veces mencionada, la había vendido a Diógenes B. Hernández, y al mismo tiempo, no obstante ello, la había incorporado en los bienes de la Sociedad Hernández Torres & Co., de la cual fue liquidador Gerardo Hernández T., por cuya razón adjudicó cosa ajena a Narcisa Torres viuda de Hernández; cosa ajena le compró a ésta posteriormente por medio de la escritura pública mencionada en este párrafo, y cosa ajena me vendió dicho Gerardo Hernández en unión del señor Guillermo Hernández, cuando a mi favor corrrieron la escritura pública número 30, de fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos veintiuno, otorgada en la Notaría de este Circuito.

"Sexta. Que declarado que fuese, como tendría que declararse en defecto de la nulidad por causa de simulación, que la venta a mí lo fue de una casa que legalmente no perteneció jamás a los señores Gerardo Hernández y Guillermo Hernández T., debe declararse nula la venta que, a su turno, les hizo a ellos Narcisa Torres viuda de Hernández, y nula virtualmente, de nulidad absoluta, la liquidación de la Sociedad comercial que giró con la razón social de Hernández Torres & Co., por haberse hecho tal liquidación de un modo contrario a la ley, con violaciones flagrantes de la misma, y por haber considerado, como de mala fe lo consideraron los liquidadores ya nombrados, que eran bienes de dicha Sociedad, fincas que, como la aludida casa, no le pertenecían ya, y que, como consecuencia de dicha nulidad absoluta, deben reponerse las cosas al estado en que se hallarían si no hubiesen existido los actos o contratos nulos, actos o contratos que originaron, entre otras cosas, la venta hecha por Narcisa Torres viuda de Hernández y la que éstos hicieron a mí, obrando yo de buena fe; y

"Séptima. Que habiendo yo comprado de buena fe la casa de que se viene hablando, a Gerardo y Guillermo Hernández T., deben éstos sanearme la venta que me hicieron por escritura pública número 30, de diez y ocho de agosto de mil novecientos veintiuno, si la sentencia declarase que el legítimo dueño de la finca es Diógenes B. Hernández, porque entonces, y virtualmente, Gerardo y Guillermo Hernández T. me vendieron una casa que no era de ellos sino de un tercero; caso en el cual el saneamiento debe comprender la restitución del precio, el pago de las costas legales del contrato de venta, el del valor de los frutos de la casa que compré, el de las costas de la primera demanda y la que hoy instauro, y el aumento de valor que la casa comprada haya tomado desde que la compré, hasta el día en que el presente pleito concluya. En todo caso la obligación de los vendedores debe implicar la restitución del precio íntegro, aunque la finca se haya deteriorado o disminuído de valor.

"Comoquiera que me hallo en el caso de recobrar la

posesión de la tántas veces citada finca, tengo derecho para citar a mis vendedores, demandándolos al mismo tiempo, como lo hago, para que me amparen en el dominio de la casa que les he comprado, si resultare evicta la finca."

A las peticiones principales, agregó en su referido escrito de veintiocho de octubre de mil novecientos veintiséis, la de que se declare nulo "el contrato estipulado en la escritura pública marcada con el número ciento setenta y dos (172), de fecha once de septiembre de mil novecientos veinticuatro, otorgada a favor de los señores Hernández & Co."; y que asímismo se declare "la nulidad de la escritura número ciento trece (113), otorgada por Hernández & Co., con fecha veinticinco de julio de mil novecientos veinticinco, en la Notaría de Sincelejo, a favor de la señora Isabel Elías, y el contrato contenido en dicha escritura.

Los demandados Guillermo y Gerardo Hernández aceptaron los hechos en que se funda la demanda, excepto el 4°, conviniendo, en consecuencia, a todo lo pedido en la acción principal. Cuanto a la subsidiaria, a la cual se refiere el cuarto fundamento de la demanda, Guillermo Hernández se excusó de contestarlo, por referirse a una cuestión subisidiaria, y haber aceptado él lo principal; y Gerardo Hernández lo contestó así:

"Este punto subsidiario de la demanda lo acepto en parte. No lo acepto en lo relativo a la responsabilidad que pudiera caberme, porque en realidad de verdad, siendo simulado el contrato a que se refieren los puntos anteriores, es cierto que la Compañía de Hernández Torres & Co. no se separó por el otorgamiento del contrato en referencia del dominio de la finca, pues el objeto de ese convenio ficticio fue únicamente hacer salir de la casa a la señora Zoila Vergara."

Isabel Elías se opuso y denunció el pleito a Hernández & Co., y éstos, a su vez, lo denunciaron a Diógenes Hernández, quien contestó la demanda, por sí y por medio de apoderado, oponiéndose a todo lo pedido en ella, y terminó proponiendo las siguientes excepciones: inepta demanda, cosa juzgada y prescripción, "esta última, porque debido al transcurso del tiempo, se ha perdido el derecho de reclamo sobre tales compraventas, causales 9ª, 10 del artículo 479 del Código Judicial."

El pleito fue fallado en primera instancia el quince de marzo de mil novecientos treinta, así:

"Declárase probada la excepción perentoria de cosa juzgada, propuesta por el apoderado del demandado Diógenes B. Hernández T., en el escrito de contestación de la demanda, y en cuanto hace relación a las declaratorias primera, segunda y tercera que pide la demandante en su libelo de demanda, y que sean hechas por este Despacho.

"En cuanto a las declaraciones cuarta, quinta, sexta y séptima que igualmente solicita la demandante en su libelo de demanda, se haga por esta sentencia, lo mismo que la nulidad de los contratos contenidos en las escrituras públicas números 172 de fecha once de septiembre de mil novecientos veinticuatro, y 113, de fecha veintiuno de julio de mil novecientos veinticinco, se considera que son materia de un juicio aparte, y que debe agitarse separadamente.

"Condénase en costas a la demandante; estímase en cincuenta pesos oro el trabajo en derecho de la parte favorecida; la Secretaría tasará las de su incumbencia."

La demandante apeló de esa sentencia, que fue confirmada en todas sus partes por la del Tribunal Superior de Cartagena, de trece de agosto de mil novecientos treinta y uno, con costas a cargo de la apelante.

La misma parte demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal, y venido el negocio a la Corte, pide la parte opositora que se declare desierto el recurso "por haberse introducido la demanda de casación fuera del perentorio término de treinta días, fijado en el artículo 151 de la Ley 40 de 1907."

Para demostrar su afirmación, razona de este modo:

"En efecto: desde el día trece de febrero del año en curso empezó a correr en la mesa de la Secretaría el término del traslado a la parte recurrente (véase el folio 6 vuelto del cuaderno número 7, en que se sustancia la demanda).

"Fue el día cuatro del presente mes de abril cuando se introdujo a la Secretaría la demanda de casación. Por consiguiente, y previo descuento que debe hacerse de la semana santa, domingos y días feriados, que han corrido entre el trece de febrero y el cuatro de abril, es fuera de toda duda que el recurso ha sido fundado extemporáneamente.

"Y no se arguya que hubo interrupción o suspensión de término durante los días corridos desde el primero de marzo y el diez de marzo, fecha en que aparece que el recurrente sacó los autos de la Secretaría, pues aparte de que jurídicamente no es ésta una incidencia legal, no existe, de otro lado, disposición alguna del legislador colombiano que mande interrumpir el término por ese motivo.

"La disposición del numeral 2° del artículo 64 de la Ley 105 de 1890, aplicable al caso, no se presta a interrupciones: su claridad es perfecta, cuando dice que los términos legales 'se suspenden, o no corren:

. . . . . .

'2° Durante alguna incidencia legal, **cuando así lo ha prescrito la ley.**'

"A mucho conceder es posible descontar los días primero y dos de marzo, porque hubo para el recurrente el impedimento material, la imposibilidad física, de tomar acceso al expediente para estudiarlo, porque en esos dos días estuvo fuera de su alcance, en la mesa del señor Magistrado sustanciador.

"Pero aun queriendo aplicar un criterio de benevolencia, en el sentido de extender ese impedimento hasta el día cuatro de marzo, fecha en que quedó notificado por estado el auto del día dos, aun así, repito, el recurso resulta fundado fuera de término.

"Admitir que la sustanciación de un poder, introducido al juicio cuando ya está corriendo el término del traslado al recurrente, es una incidencia legal que suspende el término, es sentar el precedente de una peligrosa corruptela procesal, capaz de acabar definitivamente con el respeto y el acatamiento que todos debemos a los mandatos del legislador....."

La cuestión planteada por el peticionario ya ha sido resuelta por la Corte; pues en casación de veinte de octubre de mil novecientos veinte, dijo:

"Del término de treinta días para interponer recurso de casación, contados desde que se mandó correr traslado a la parte recurrente, debe descontarse el tiempo en que el expediente se puso al despacho del Magistrado para resolver una petición sobre personería: el tiempo empleado en esa resolución y en la notificación respectiva tiene que descontarse del término del traslado, pues estando el expediente en la mesa del Magistrado y luégo en la Secretaría para los fines indicados, es evidente que en ese tiempo dejó de estar a disposición de la parte respectiva."

Allí mismo se lee:

"Del término de treinta días para interponer recurso de casación, contados desde que quedó ejecutoriado el auto que ordena el respectivo traslado, deben descontarse, no sólo los días feriados y de vacantes, sino también el término referente a las actuaciones (como la relativa a la tramitación del poder que el demandante haya otorgado en segunda instancia), que han impedido poner el proceso a disposición del recurrente." (Casación, 11 de julio de 1921, XXXIX, 6, 1ª).

No es, pues, el caso de declarar desierto el recurso, y, en consecuencia, la Corte lo admite y procede a fallarlo.

Invoca el recurrente las causales primera y segunda de casación, que consagra el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y expone así su acusación por segunda causal:

"El demandante pidió:

'Que habiendo yo comprado de buena fe la casa de que se viene hablando a Gerardo y Guillermo Hernández T., deben éstos sanearme la venta que me hicieron por escritura número 30, de diez y ocho de agosto de mil novecientos veintiuno, si la sentencia declarase que el legítimo dueño de la finca es Diógenes B. Hernández, porque entonces, y virtualmente, Gerardo y Guillermo Hernández T. me vendieron una casa que no era de ellos, sino de un tercero; caso en el cual el saneamiento debe comprender la restitución del precio; el pago de las costas legales del contrato de venta; el valor de los frutos de la casa que compré; el de las costas de la primera demanda y la que hoy instauro, y el aumento de valor que la casa comprada haya tomado desde que la compré hasta el día en que el pleito concluya.'

"El Tribunal estimó prematura esta petición, y se abstuvo de fallar sobre el fondo de ella, como se comprueba por la lectura del siguiente fragmento de su sentencia:

'Circunscribiendo el asunto a la declaratoria séptima, el Tribunal la estima prematura, pues que precisamente la acción de saneamiento por evicción tiene su fundamento en la sentencia judicial, en que el comprador es privado del todo o parte de la cosa comprada, y en el caso de la señorita Hernández, esa sentencia no es otra que la que ahora se profiere, dado que es indubitable que la casa materia del pleito se ha perdido totalmente para ella, establecido como se deja que el asunto hizo tránsito a cosa juzgada.

'A la señorita Hernández, pues, le queda amplio el camino legal para dirigirse contra sus vendedores, a efecto de que la indemnicen en la forma y términos prevenidos en la ley.' (Folios 113 vuelto y 114 del cuaderno principal).

"No es privativo del comprador demandado llamar a la evicción a su vendedor; también puede el comprador, cuando se halla en el caso de asumir el carácter del demandante, ya para recuperar la posesión de la cosa comprada o para entrar en ella, llamar a la evicción a su vendedor. Así lo consagran los artículos 1899 y 1900 del Código Civil, y lo tiene definido la jurisprudencia, según aparece de la cita que a continuación me permito hacer:

'El demandante en los casos previstos por el artículo 1900 del Código Civil, puede llamar a la evicción al vendedor desde que entabla la demanda.' (**Gaceta Judicial**, tomo IV, 127, 2ª).

"Armónicas, pues, la ley y la doctrina, reconocen en favor del comprador que tiene obstáculos para entrar en posesión de la cosa vendida, la facultad de llamar a la evicción a su vendedor; pero como la evicción comprende no sólo la defensa de la cosa en el juicio, sino también la obligación de sanear la evicción sufrida, síguese que sí era procedente y oportuna la petición que dedujo el demandante en el punto séptimo de su demanda."

Estima el recurrente que si no procede la casación por segunda causal, debe prosperar por la primera, por errónea interpretación del artículo 1900 del Código Civil y violación directa del 1893 de la misma obra.

Se considera:

Si bien es cierto que el comprador está obligado a citar al vendedor para que comparezca a defender la cosa vendida, no sólo cuando a aquél se le promueve pleito sobre ella por causa anterior a la venta, sino también cuando comparece como demandante, en los casos del artículo 1900 del Código Civil, y que así lo ha reconocido la Corte en varias decisiones, no es ese el aspecto que ofrece la cuestión que aquí se contempla, pues la demandante no llamó a juicio a los vendedores Gerardo y Guillermo Hernández para que comparecieran a defender la finca que ella les compró, sosteniendo en juicio las mismas pretensiones que ella hacía valer contra los demandados en relación con dicha finca, sino que los llamó a juicio en calidad de demandados, sin que tampoco formaran ellos con los otros demandados un mismo grupo ligado por los mismos intereses: contra los unos está encaminada la acción de nulidad y la de reivindicación, y contra los dos vendedores últimamente nombrados, la de saneamiento, para el caso de que los otros sean absueltos de aquellas acciones. No se trata, pues, propiamente hablando, de una acción subsidiaria o un reemplazo de lo primeramente pedido, sino de una acción consecuente y condicional; y a este respecto ya la Corte ha declarado, y ahora lo repite, que la acción de saneamiento procede cuando el comprador es privado de la cosa vendida por causa anterior a la venta, y que esa acción "tiene que ser posterior a la en que se priva de la cosa vendida al comprador." (Casación de 13 de marzo de 1900, **Gaceta Judicial**, XX, 53, 2ª).

La involucración que de la acción de saneamiento hizo la demandante en el libelo de demanda que encabeza este proceso constituye, por tanto, una petición antes de tiempo, y fue esto lo que en el fondo declaró el Tribunal, de acuerdo con lo estatuído en los artículos 52 de la Ley 105 de 1890 y 479, ordinal 12, del Código Judicial, fallando así ese extremo de la demanda. No es, por tanto, fundada esta acusación.

En apoyo de la causal primera, formula el recurrente varios cargos por violación de ley sustantiva y por errores de hecho y de derecho en que, a su juicio, incurrió

el Tribunal al declarar, como declaró, probada la excepción perentoria de cosa juzgada.

Motivo a). Prueba de la excepción.

Dice el recurrente:

"Aunque digo prueba de la excepción, lo que hay en realidad es no prueba de la excepción. Aquí invoco la primera causal de casación contra la sentencia objeto de la demanda, establecida por el artículo 2º de la Ley 169 de 1896."

Como motivo de este primer cargo, señala el recurrente los siguientes conceptos del Tribunal:

"Entre las pruebas aducidas por el señor José A. Bruno Blanco, dentro del término probatorio del juicio, en su condición de apoderado especial del demandado Diógenes B. Hernández, obran en autos sendas copias de las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas en la demanda civil ordinaria, propuesta con fecha veinticuatro de julio de mil novecientos veintidós, por la señorita Francia Elena Hernández Torres contra el señor Diógenes B. Hernández T. La sentencia de primera instancia, que lleva fecha veintitrés de agosto de mil novecientos veintitrés, fue pronunciada por el Juez único del Circuito de Sincelejo, y la segunda, de fecha primero de julio de mil novecientos veinticuatro, por esta misma Superioridad. Una y otra se encuentran debidamente autenticadas y registradas en la correspondiente Oficina de instrumentos públicos y privados. (Folios 111 vuelto y 112 del cuaderno principal).

"Y más adelante:

'..... es forzoso reconocer que el inferior obró correctamente, cuando consideró en su fallo que estaba plenamente comprobada la excepción de cosa juzgada.'

"Si vosotros, señores Magistrados,—dice el recurrente—os dignáis examinar los folios 79 a 83 del cuaderno de pruebas del juicio principal, hallaréis las copias registradas de sentencias no registradas, que son las mismas que tuvo en cuenta el Tribunal."

Transcribe el recurrente las disposiciones de los artículos 2673, 2652 y 2657 del Código Civil, y termina así su acusación:

"Se ve, por consiguiente, de modo palmario, que la voluntad del legislador fue la de que para efectuar el registro de las sentencias, se exhibieran éstas originales y no en copia; de lo cual se sigue que, para probar por medio de sentencias, se necesita exhibir copias de sentencias registradas.

"Establecido como queda, en forma indubitable, que para que las sentencias tengan mérito probatorio en juicio, se requiere esencialmente que aparezcan registradas en su original, es manifiesto que si el Tribunal dio valor de plena prueba a unas copias registradas de sentencias que no lo estaban, incurrió en flagrante error de derecho en la apreciación de esas copias como prueba de la cosa juzgada; error que lo llevó a violar los artículos 2673, 2657 y 2652 del Código Civil."

La Corte estima fundada esta acusación, pues ya en varias decisiones tiene establecido que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2657 del Código Civil, el registro de la sentencia debe verificarse sobre el original. Clara y terminantemente se dijo en casación de diez de febrero de mil novecientos ventiuno que "lo que debe registrarse es la sentencia original, no su copia," y, por consiguiente, las copias registradas de sentencias no registradas sobre sus originales no hacen fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2673 del Código Civil.

Como en este caso se hallan las copias traídas al juicio para probar la excepción de cosa juzgada, preciso es convenir con el recurrente en que no está probada esa excepción, y que la sentencia recurrida es casable por ese motivo; mas acatando el precepto consignado al final del artículo 12 de la Ley 90 de 1920, no habrá de decidirse así este recurso, porque la Corte, al fallar en instancia, llegaría a la misma conclusión a que llegó el Tribunal, por considerar que la demandante no ha demostrado tener el interés que la ley requiere para pedir la declaratoria de nulidad absoluta que impetra en su demanda principal, no un interés coetáneo a la celebración de los contratos cuya nulidad demanda, sino un interés jurídico actual, esto es, existente cuando dedujo la acción.

En efecto: comparece ella en este juicio como causahabiente a título singular de Hernández Torres & Co., o sea de los mismos que aparecen como vendedores en el contrato cuya nulidad pide que se declare, pues alega que la finca de que se trata le fue vendida a ella por Gerardo y Guillermo Hernández T., quienes la adquirieron por compra hecha a Narcisa Torres viuda de Hernández, quien a su vez la adquirió, por habérsele adjudicado en la liquidación de la Sociedad Hernández Torres & Co., de la cual era socio; y pide, por tanto, en el punto tercero de su demanda, que como consecuencia de la nulidad apuntada se declare que la única transferencia válida de la finca raíz de que se viene hablando, es la hecha a su favor, y que, por ello, el señor Diógenes B. Hernández actual poseedor debe restituírsela. Pero como no se ha comprobado en el juicio la adjudicación que de la precitada casa se dice hecha a favor de Narcisa Torres viuda de Hernández, en la liquidación de la Sociedad Hernández Torres & Co., y ni siquiera se ha probado la existencia de esa Sociedad, no resulta acreditada que la demandante sea causahabiente de dicha entidad, y que, como tal, tenga interés jurídico en que se declare la nulidad del contrato de venta celebrado por ésta a favor de Diógenes B. Hernández. Faltando ese interés por no haberse demostrado, no puede prosperar la acción ejercitada, en los puntos primero a sexto de la parte petitoria del libelo de demanda y en el escrito que la reforma y adiciona.

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, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el trece de agosto de mil novecientos treinta y uno.

No hay lugar a hacer especial condenación en costas.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Por conducto de apoderado, el señor Guillermo Gómez estableció una demanda contra el señor Ernesto Ferro y Zea, "para que con su citación y audiencia, y previo el correspondiente avalúo, se decrete la venta en pública subasta de la finca números 474 a 482 de la calle 11 de esta ciudad (Bogotá), deslindada como atrás se indica, con objeto de repartir su producto entre los comuneros que en ella tienen derechos vinculados."

Agregó el apoderado:

"En subsidio, y caso de que se acreditare en el curso de este juicio que la finca expresada, no obstante ser una propiedad urbana, admite cómoda división, se decrete su partición material y las obras consiguientes a esa partición, con intervención de un arquitecto competente, nombrado en forma legal, que haga las veces de partidor, y a quien se entreguen, con la anticipación que el Juzgado designe, o se pongan a su orden en el mismo Juzgado, los dineros necesarios para la obra, de acuerdo con el presupuesto que para el efecto presente.

"Igualmente debe expresar la sentencia que, una vez vencido el plazo señalado por el Juzgado para la entrega del dinero destinado a la partición de la finca, si no suministrare la parte demandada su correspondiente cuota de gastos, se prescindirá de tal trabajo y se sacará a remate la finca."

Hé aquí los hechos según quedaron en el escrito de reforma de la demanda:

"1º Mi cliente, doctor Guillermo Gómez, es dueño de la mitad de una casa situada en el parque de Los Mártires, de esta ciudad, demarcada con los números 474 a 482 de la calle 11, numeración que incluye la de sus almacenes, y cuya totalidad se halla comprendida dentro de los siguientes linderos:

"Por el Oriente, con casa y solar del señor Belisario Castro; por el Norte, con propiedad de la señora Paula Quiroga y de la señora María de Jesús Greñas de Greñas; por el Occidente, con casa y solar del señor Antonio Roldán, y por el Sur, con la plaza de Los Mártires.'

"2º El condueño de la otra mitad de la finca que dejo deslindada es el señor Ernesto Ferro y Zea, cuyo domicilio y vecindad ignoro. Dicho señor adquirió los derechos en la casa citada por herencia en la sucesión de la señora Ana María Zea de Ferro.

"3º Aunque por escritura número 1804, de veintinueve de agosto de mil novecientos catorce, otorgada en la Notaría 2ª de esta ciudad, la señora María de Jesús del Corral, anterior dueña de los derechos que hoy pertenecen a mi cliente en la casa de que vengo hablando, pactó con el señor Ernesto Ferro y Zea una partición material de tal finca, en realidad ella (la casa) está en plena indivisión, pues ese pacto no pasó de ser un simple proyecto o promesa de partición material, por las siguientes razones:

"a) Porque tiene más de catorce años de firmado, sin que se haya hecho uso de él.

"b) Porque aun cuando el proyecto dice que se harán dos lotes de la expresada casa, ésta en realidad se dejó conforme se hallaba, sin poner en ella mojones o muros que implicasen una división material.

"c) Porque la administración de la finca continuó, como no podía menos de continuar, en común, arrendada a una sola persona, quien mensualmente reparte los arrendamientos entre los dos comuneros.

"d) Porque tanto en el Catastro como en el Registro y demás oficinas públicas donde se inscriben los inmuebles, la casa de que vengo tratando figura como una sola finca, que pertenece proindiviso a dos condueños o comuneros.

"4º El proyecto o promesa de división, de que trata la escritura número 1804 de mil novecientos catorce, no es capaz de producir obligaciones entre los signatarios de él, pues carece de algunos de los requisitos que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 señala como esenciales, para que las promesas puedan producir efectos. En efecto: en esa escritura, que tiene más de catorce años de firmada, no se fija el plazo o época que ha de llevarse a cabo la división proyectada. Es verdad que, según la cláusula c) de ese instrumento, el costo de las obras de partición se dividirá por iguales partes entre los dos comuneros, y que éstos pagarán sus cuotas respectivas tan pronto como sean requeridos; mas tal requerimiento en realidad resulta impracticable, porque no se sabe de antemano cuál sea la suma de dinero por la cual se debe requerir, ni se establecen en la escritura reglas para fijarla. Aun cuando la fijación lograra hacerse, no se sabe desde cuándo surtiría efectos el requerimiento, puesto que la parte requerida puede alegar que no tiene fondos, y que hará la diligencia de tomarlos en un banco hipotecario, según lo faculta la escritura. Mas bien sabido es que los bancos no prestan dinero sobre derechos vinculados en inmuebles; de suerte que el requerimiento probablemente fallaría por fuerza mayor ocurrida a la parte requerida, no obstante haberse ésta ceñido en un todo a las voces de la escritura.

"5º No está mi cliente de acuerdo con el otro comunero, señor Ferro Zea, en el manejo de la casa común, ni conviene a sus intereses permanecer en indivisión.

"6º No obstante el proyecto de partición firmado por la señora María de Jesús del Corral anterior dueña de los derechos que posee mi cliente, y por el señor Ernesto Ferro Zea, proyecto que ya he dicho, no puede obligar al doctor Guillermo Gómez, soy de concepto que en la actualidad la finca en que esos derechos vinculan, no admite cómoda división, como lo está diciendo el simple hecho de que para llevar a la práctica tal proyecto, habría que formar casas de once metros de frente por sesenta de fondo, lo que les daría la figura de largos callejones, con patios y piezas en extremo estrechas; el valor de la casa desmerecería grandemente por causa de la división."

Por ausencia del demandado, el defensor que se le nombró se opuso a la demanda principal y a la subsidiaria.

"A la demanda principal, porque no es posible decretar la división ad valórem o por medio de venta en pública subasta del inmueble, toda vez que por escritura pública número 1804, de veintinueve de noviembre de mil novecientos catorce, Notaría 2ª de este Circuito, se practicó una división material y se determinó el inmueble por su situación y linderos, que correspondía a cada uno de los comuneros. Y a la división material, porque ésta se verificó por la escritura que he citado."

A los hechos expuso el defensor que, tanto Gómez como Ferro y Zea son dueños de los inmuebles relacionados

en la citada escritura número 1804, y no de las mitades indivisas del inmueble primitivo; pues por esta escritura, debidamente registrada, se hizo una verdadera división material de dicho inmueble, y se adjudicó a cada uno de los comuneros una finca determinada por su situación y linderos, con lo cual quedó extinguida la comunidad.

El Juez 1º en lo Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia de dos de septiembre de mil novecientos treinta, falló la litis, en el sentido de declarar la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado.

Por apelación del apoderado del demandante, el Tribunal Superior de Bogotá conoció del asunto, y mediante sentencia, proferida el doce de febrero de mil novecientos treinta y dos, confirmó la de primer grado.

El mismo apoderado interpuso recurso de casación, que la Corte admitió por auto de treinta de mayo próximo pasado.

Aduce las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial.

Sostiene, respecto de la segunda, que la sentencia no fue dictada en consonancia con las pretensiones deducidas por las partes. Ninguna de éstas puso en tela de juicio la personería del demandado. La oposición de dicho demandado no se fundó en carencia de título, sino en que la división del inmueble ya estaba practicada. Las pretensiones del demandante consistían en afirmar que el inmueble no admite cómoda división, lo cual se demostró superabundantemente.

"Dadas las explicaciones que dejo hechas—concluye el recurrente—acerca del procedimiento a que deben y han debido siempre someterse estos juicios, pese a una malsana jurisprudencia, no puede negarse que las pretensiones del demandante, contenidas en la parte petitoria de la demanda, fueron aducidas oportunamente, y no puede negarse, por otro lado, que el fallo no resultó en consonancia con ellas. (Ni siquiera las examinó)."

Se observa:

Cierto es que las pretensiones del demandante fueron deducidas oportunamente, y que el fallo del Tribunal que confirmó el del inferior, no está de acuerdo con ellas. Pero el Juez pudo declarar de oficio la excepción perentoria que él estimó existente en el juicio, con arreglo al artículo 51 de la Ley 105 de 1890, y el Tribunal no hizo otra cosa que refrendar semejante decisión.

Cuando el Tribunal declara de oficio una excepción perentoria o confirma la declaración del Juez, no es dable alegar en casación que la sentencia no está en armonía con las pretensiones de las partes, pues la alegación conduciría a dejar sin aplicación el mencionado artículo 51 de la Ley 105 de 1890 y el 343 del Código Judicial, ahora vigente, que mantiene la misma doctrina. Sin duda es éste un evento en que, por expresa disposición legal, el juzgador puede apartarse, en su fallo, de las pretensiones de los litigantes; y lo que entonces procede en casación es invocar la causal primera, demostrando que no era el caso de declarar la excepción, y que, por tanto, hubo quebrantamiento de determinada ley.

El motivo apuntado para sustentar la primera causal estriba en la apreciación errónea "de la prueba de la escritura número 797, que contiene la protocolización de la causa mortuoria de la señora Ana María Zea de Ferro y el auto aprobatorio de la partición."

Tanto la hijuela como el auto aprobatorio fueron registrados el trece de abril de mil novecientos quince en la Oficina de Registro de Bogotá, según aparece en ese instrumento.

"Simplemente se omitió por el señor Registrador indicar el libro en que se hizo la inscripción; pero esto no le resta fuerza ni validez al hecho de que el registro se hubiera verificado."

Es preciso reconocer que el Registrador de instrumentos públicos es un funcionario que merece fe; por tanto, desde el momento que él afirma que cierto instrumento fue inscrito en sus libros, hay que admitir que la inscripción se efectuó debidamente. Por otra parte, el artículo 2607 del Código Civil exige que los Notarios no protocolicen los instrumentos públicos que han menester el registro, mientras no lleven la competente nota de inscripción. Es así que la hijuela del señor Ernesto Ferro y Zea y el auto aprobatorio de la partición de bienes de su causante fueron protocolizados, luego hay que aceptar que ellos llevan la correspondiente nota de inscripción.

El error en la apreciación de la prueba de que se viene hablando, el desconocimiento de la adjudicación hecha a Ferro y Zea en título que aparece registrado, es un error de hecho y de derecho, porque salta a la vista que el registro se hizo, e implica violación de los artículos 673, 765, 1401, 1759 y 2664 del Código Civil. En cuanto al artículo 2673, resulta mal interpretado en el fallo recurrido, pues de la copia de la escritura exhibida en la segunda instancia no puede asegurarse inequívocamente que los títulos de propiedad del mentado señor no fueron inscritos conforme a lo dispuesto en el Código Civil: la afirmación que en tal sentido se formule no se apoya en hechos constantes en el proceso, sino en simples conjeturas. Distinto sería el caso si del instrumento apareciera que el registro se había cumplido en un libro no destinado para ello, como es el de demandas o embargos.

Se observa:

El Juez estimó que no se había dado la prueba de que Ferro y Zea fuera comunero en el predio, por faltar la hijuela de adjudicación, que se le debió formar en la sucesión de la señora Zea de Ferro.

Para reparar esta omisión, el apoderado del demandante presentó en la segunda instancia la copia de la escritura de protocolización del juicio de sucesión de Ana María Zea de Ferro, en la cual se hallan también la hijuela de adjudicación de los bienes de Ferro y Zea y la sentencia aprobatoria de esa adjudicación.

La nota de inscripción de ésta es así:

"Oficina de Registro del Círculo—Bogotá, abril 13 de 1915.

"Hoy se registró la cuenta de partición y adjudicación de los bienes de la sucesión de Ana María Zea de Ferro, la sentencia que la aprueba y auto de ejecutoria, que dice: hijuela del heredero único Ernesto Ferro y Zea. Página 273. Número 195. Valor, $ 0-30. Se pagó la suma de $ 23-82 oro por impuesto legal, según la boleta número 5215, de doce de los corrientes.

"El Registrador, **Sergio A. Barón**"

El Tribunal manifestó que esta hijuela no hace fe en juicio al tenor del artículo 2673 del Código Civil porque no aparece que ella hubiera sido inscrita o registrada conforme a lo dispuesto en ese Código, es decir, no apa-

rece registrada en el Libro número 1°, como lo ordena el numeral 1° del artículo 2641, ni en el libro de registro de causas mortuorias, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 57 de 1887.

"Y si tal hijuela no hace fe en juicio, no está acreditado en autos que el demandado sea comunero."

Este corto razonamiento condujo al Tribunal a la confirmación del proveído de primera instancia; mas la Corte se ve precisada a desatenderlo, en virtud de las consideraciones que pasa a exponer:

Al poner al pie de las piezas de adjudicación y aprobación, practicadas en la sucesión de la señora Zea de Ferro, que siguió extrajudicialmente, la nota a que se contrae el artículo 2669 del Código Civil, el Registrador omitió señalar el libro en donde se había hecho el registro; mas de aquí no se desprende que tal registro se hubiera extendido en libro incompetente para el caso. Si, tratándose de la diligencia de registro, establece el artículo 2664, que ella no se anula por falta de alguna o algunas de las designaciones prevenidas en los artículos anteriores, siempre que, por lo que del mismo registro conste y por lo que resulte del título al cual se refiere, pueda venirse en conocimiento de lo que en tal registro se echa menos, con mayor razón no es lícito anular la nota de inscripción asentada en el instrumento, por el motivo, relativamente secundario, de no haberse expresado el libro en que el registro se cumplió; y a anular la nota, equivale el prescindir de ella, para desconocerle su mérito probatorio al título.

De otro lado, lo que prescribe el artículo 2673 del Código Civil, es que ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio, ni ante autoridad alguna, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en el Código. Ahora bien: de la nota en cuestión no es dable deducir que el registro se llevó a cabo en oficina distinta de la correspondiente, ni que, como ya se insinuó, se hubiera consignado en libro incompetente. Dado el olvido del Registrador, lo más razonable es inferir que el registro se hizo en el libro precedente, ya que los instrumentos auténticos—y lo es la susodicha nota— llevan en sí la presunción de estar correctamente otorgados.

Por esto estima la Sala que el Tribunal incurrió en un error de derecho al desconocerle valor probatorio a la hijuela de adjudicación y a la sentencia aprobatoria de ella, exhibidas por el demandante con el fin de acreditar que Ferro y Zea es condómino en el inmueble sobre cuya división versa el actual litigio; error que implica violación del artículo 2673 del Código Civil, por no haberse aplicado al caso que controvierte, merced a la interpretación desacertada que se le dio. Hé aquí porqué ha de ser infirmado el fallo recurrido.

Para decidir en instancia, es necesario indagar si el inmueble que se quiere partir ya fue dividido, como lo sostiene el defensor del demandado.

Trájose a los autos una copia auténtica de la escritura número 1804, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, el veintinueve de agosto de mil novecientos catorce. Allí declararon la señora María de Jesús del Corral de Zea y Ernesto Ferro y Zea, que eran dueños por iguales partes y en indivisión, de una casa situada en la Plaza de los Mártires de esta ciudad (casa que es la misma a que se refiere el actual pleito), y que como la propiedad de casas extensas deja muy bajo interés para el dinero invertido en ellas, y su venta suele ser difícil por precio conveniente, y como los condueños quieren de todas maneras terminar la comunidad, han convenido en hacer una división material del fundo, ya que ello es perfectamente factible, sobre las siguientes bases:

a) La casa se dividirá por una pared, del extremo norte al extremo sur, por el eje de ella, o sea dejando dos lotes iguales.

b) A las dos casas que aquí resulten, se les harán dos zaguanes pequeños, dos escaleras, dos comedores, un pasadizo bajo, del lado donde no existe, una cocina al lado donde no la hay, una escalera de servicio, compañera de la actual y tres excusados inodoros, para que queden dos en cada casa.

c) El costo de división y de las obras, así como los de revocar caballetes, pintar y empapelar la casa, hacer cañerías, colocar doble servicio de acueducto y de luz eléctrica, etc., lo soportarán por igual los condueños, y lo pagarán inmediatamente que sean requeridos, y si cualquiera de los dos no tuviere los fondos en caja, arreglará lo conveniente para tomar dinero prestado en un banco, hipotecando su mitad de la casa, o sea la casa que por esta escritura queda de su propiedad.

d) Cada dueño hará un apartamento en lo que es hoy almacén, aprovechando los corredores laterales y una parte de los patios.

e) A cada casa se le hará una cañería independiente, en tubos de gres, desde el fondo hasta la alcantarilla, de manera que las dos casas queden sin servidumbre por motivo de un caño común.

f) La pared con que se va a dividir la casa se declara medianera en toda su extensión.

Los comparecientes convienen en que la división se haga así: para la señora Corral de Zea, la casa oriental con su almacén (se indican los linderos), y para don Ernesto Ferro y Zea, la casa occidental con su almacén (se detallan asímismo los linderos).

Al fin de la escritura se dice:

"Los comparecientes expresaron su voluntad de que esta división, si alguno de los dos muriere antes de llevarla a cabo, se haga por sus herederos sin interrupción ni dilación alguna, y conforme ha sido pactada."

¿Todas estas estipulaciones constituyen una división de presente, o solamente significan una promesa de dividir el predio con observancia de ellas?

El demandante sostiene lo segundo, alegando para ello las razones que se ven en el hecho 3° del libelo reformatorio.

Para la Sala, aquellas estipulaciones son un acuerdo de división, pactado por los dos comuneros de consuno, pero interrumpido en su ejecución, o, mejor dicho, sin haberse comenzado a ejecutar, a pesar del transcurso de muchos años. Así lo acredita, entre otras pruebas, la inspección ocular con peritos, practicada en la primera instancia. En el acta de la diligencia se expone:

"El Juzgado en vista de la petición de que se acaba de hablar, observó que ni dentro de la casa, ni en su frente sobre la Plaza de los Mártires existen mojones, muros o señales visibles que determinaran o hicieran presumir que la casa en cuestión hubiera sido dividida materialmente."

Luego dicha casa continúa siendo una unidad arquitectónica.

De conformidad con el artículo 35 de la Ley 57 de 1887,

no hay necesidad de ocurrir a la autoridad judicial para llevar a efecto la división de la cosa común o la venta de ella, con el fin de repartir su producto, siempre que todos los comuneros acuerden lo uno o lo otro unánimemente, y que dicho acuerdo no se interrumpa en su ejecución.

Luego interrumpida la ejecución del acuerdo, y, con mayor razón no iniciada siquiera, resurge la necesidad de acudir a la justicia para hacer cesar la comunidad. La partición que se verifique por convenio requiere, fuera de la escritura pública cuando se trata de bienes raíces, dos condiciones: la voluntad unánime de los interesados y la ejecución no interrumpida; de suerte que si falta la primera, aquel convenio es impracticable, y si la segunda, caduca en sus efectos.

Corolario de lo explicado es que, como la casa no ha sido dividida, subsiste la comunidad en ella, y, por tanto, ha de prosperar la acción divisoria incoada, con apoyo en el artículo 145 de la Ley 40 de 1907 y en el 1374 del Código Civil.

La división no ha de cumplirse por venta, que es preferible en relación con las habitaciones, con arreglo al ya citado artículo 145 de la Ley 40, vigente a la época del comienzo de este proceso.

Verdad es que el demandante solicitó en subsidio la división material, si se comprobaba que la casa, no obstante ser una propiedad urbana, admite cómoda división de esta laya. Mas no se estableció la comprobación, y antes bien puede afirmarse la existencia de varios elementos en contrario.

Los peritos de la nombrada inspección ocular, después de estudiar sobre el terreno el fraccionamiento trazado en la escritura número 1804, dictaminaron **que la casa materia del litigio, no admite una división práctica, que económicamente resulte conveniente para los propietarios que en ella tienen derecho.** El área de terreno es susceptible de partición en dos lotes iguales; no así la edificación, que quedaría desigualmente partida por el eje, en términos tales, que para restablecer la igualdad serían precisas algunas construcciones adicionales en una u otra parte, o compensaciones de dinero en provecho del adjudicatario menos favorecido; construcciones y compensaciones que el Juez no estaría facultado para imponer a los interesados. Quizás por estas dificultades fue por lo que los signatarios de la escritura referida desertaron del acuerdo.

Debe concluírse, por tanto, que no se halla justificado un motivo excepcional con el fin de anteponer la división material a la venta, la cual, se repite, por regla general lleva la preferencia. Aquella división no sería fácil ni cómoda y haría desmerecer el valor del inmueble. Al respecto aseveran los peritos:

"Sucede con esta propiedad lo que sucedería con la división del Capitolio Nacional en diez partes, que cada una de esas partes no representaría una décima del valor del Capitolio como una sola obra, si bien las partes resultantes podrían ser de igual valor entre sí."

Idéntica conclusión habría qe adoptar si se aplicara aquí la doctrina del inciso 2º del artículo 1134 del actual Código Judicial.

Huelga advertir que está suficientemente comprobado que los doctores Gómez y Ferro y Zea son comuneros por iguales partes, o sea por las dos mitades del inmueble.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, infirma la sentencia a que se refiere el presente recurso, y en lugar de ella, falla:

1º Revócase la sentencia proferida en este juicio por el Juez 1º en lo Civil del Circuito de Bogotá, el doce de septiembre de mil novecientos treinta.

2º Ordénase la venta en pública subasta, para distribuír por iguales partes su producto entre los comuneros Guillermo Gómez y Ernesto Ferro y Zea, de una casa situada en la ciudad de Bogotá, en la Plaza de los Mártires, demarcada con los números 474 a 482 de la calle 11, numeración que incluye los almacenes, y comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Oriente, con casa y solar del señor Belisario Castro; por el Norte, con propiedad de la señora Paula Quiroga y de la señora María de Jesús Greñas de Greñas; por el Occidente, con casa y solar del señor Antonio Roldán, y por el Sur, con la Plaza de los Mártires.

El remate y la distribución del producto se cumplirán de conformidad con las respectivas disposiciones legales.

No hay costas en este recurso de casación.

Notifíquese y cópiese esta sentencia y publíquese en audiencia y en la **Gaceta Judicial**. Devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Miguel Angel y María Hortensia Parra Cruz demandaron ante el Juez 1º del Circuito de Ramiriquí, a Martín Reyes Cárdenas, para que con su audiencia y por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

"a) Que es nulo, de nulidad absoluta, por causa de simulación el contrato de compraventa que reza la escritura número 4, de seis de enero de mil novecientos uno, pasada ante el Notario de este Circuito.

"b) Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad pedida, se decrete la cancelación de la diligencia de registro, en que consta la tradición simulada que de los bienes materia de ese contrato, se hizo al señor Martín Reyes Cárdenas.

"c) Que se condene en costas al demandado."

Como hechos de la demanda se indicaron estos:

"1º Es simulado el contrato de compraventa contenido en los términos de la escritura número 4, de seis de enero de mil novecientos uno, otorgada ante el Notario del Circuito de Ramiriquí.

"2º No hubo venta, porque el señor Mariano Parra Cadena no tuvo intención de transferir al que aparece como comprador, ni éste la de adquirir los bienes que se mencionan en la escritura que, como ya se dijo, contiene el contrato del cual pedimos su nulidad.

"3º El vendedor siguió hasta su muerte con el dominio y posesión de los bienes que simuló vender al señor Martín Reyes Cárdenas.

"4º Los derechos que de tal contrato nacían para el comprador, si aquél hubiera sido real, eran exigibles inmediatamente después de la perfección del contrato,

porque no estaban sujetos para su ejercicio a condición, plazo ni modalidad alguna que retardara su ejecución.

"5º Las personas enunciadas en la segunda cláusula que hizo el señor Martín Reyes Cárdenas en la escritura contentiva del contrato simulado, y en cuyo favor se comprometió el comprador Reyes a pasar las cantidades que allí mismo se expresan, no eran acreedoras, ni tenían poder del vendedor para recibirlas; falta, pues, la causa real, o la tienen ilícita, porque lo que se quiso fue desvirtuar la ley sobre sucesiones, haciendo unos legados bajo las apariencias de una compraventa. Además de ser exótica tal cláusula, revelan con ella los contratantes la simulación del contrato, y hacen aparecer manifiesta la violación del artículo 16 del Código Civil, tanto más si se observa que las personas a que se refiere la susodicha cláusula son las mismas que en el testamento de nuestro padre figuran como legatarios.

"6º El comprador Reyes, por su relativa pobreza en ese tiempo, no podía pagar al vendedor la cantidad de $ 40,000 moneda legal, en que se estimaron los bienes a que se refiere el aludido contrato; y

"7º Entre nuestro padre y el señor Reyes Cárdenas existió amistad muy sincera en sus relaciones políticas y sociales, y por eso aquí otorgó a éste su confianza."

Citáronse como disposiciones de derecho, aplicables al caso, los artículos 6º, 16, 1502, 1523, 1524, 1526, 1740, 1741 y 1742 del Código Civil, y 15 de la Ley 95 de 1890.

El demandado contestó la demanda, desconociendo el derecho que se pretendía hacer valer, y negando los hechos, con excepción del 5º, el cual dijo no constarle.

Propuso las excepciones perentorias de **cosa juzgada, carencia de acción y prescripción extintiva de ésta.**

Miguel A. Parra manifestó que aclaraba la demanda de que se ha hablado, en el sentido de que el reconocimiento de nulidad que allí se solicita, no se hiciera en favor exclusivo de quienes suscribieron el libelo, sino en favor de la sucesión del extinto Mariano Parra C.

"La enmiendo también, dijo, para agregar este hecho: los mil quince pesos que se hicieron figurar como parte del precio de la supuesta venta consignada en la escritura número 4, de fecha seis de enero de mil novecientos uno, no eran de propiedad del señor Martín Reyes, sino del señor Mariano Parra C., quien permitió que ese dinero estuviera en manos de aquél, para disimular mejor y ser consecuente al acto de ficción que se habían propuesto, vendiendo todos sus bienes.

"Por último (habla el demandante), la corrijo en el sentido de incoar subsidiariamente la acción resolutoria que consagra el artículo 1546 del Código Civil, y me fundo en que el señor Martín Reyes no cumplió la obligación de pagar todo el precio estipulado."

A esto contestó el demandado oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas, y negando el hecho que contiene la enmienda de la demanda.

En esta vez propuso las excepciones perentorias de **carencia de personería sustantiva de la parte demandante,** y, por lo mismo, de **falta de acción de aquélla.** Alegó igualmente la de **prescripción de la acción resolutoria.**

Planteado así el debate, fue decidido en primera instancia por la sentencia de veintiocho de junio de mil novecientos veintiocho, la cual dice en su parte resolutiva:

"Primero. Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado:

"Segundo. Declárase nulo, por causa de simulación, el contrato contenido en la escritura pública número 4, de seis de enero de mil novecientos uno.

"Tercero. Decrétase la cancelación de la diligencia de registro de la escritura en referencia, para lo cual se librará al Registrador el despacho respectivo.

"Cuarto. Declárase que Martín Reyes Cárdenas no entregó a Mariano Parra Cárdenas mil quince pesos por cuenta de este contrato.

"Quinto. No es el caso de declarar resuelto el contrato supradicho; y

"Sexto. Absuélvese de las costas al demandado."

De esta decisión apeló el apoderado del demandado. En virtud de esa apelación subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y allí, después de tramitarse en legal forma la segunda instancia, se le puso fin con la sentencia de tres de mayo de mil novecientos treinta, cuya parte resolutiva dice:

"Resolviendo en armonía con las consideraciones que quedan expuestas, el Tribunal, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada de que se ha hecho mérito en la presente, sentencia aquélla que quedará reducida a los términos de las siguientes declaraciones:

"Primera. Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado.

"Segunda. Declárase absolutamente nulo el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 4, otorgada ante el Notario del Circuito de Ramiriquí, el seis de enero de mil novecientos uno, en el cual contrato aparece que Mariano Parra Cadena vendió a Martín Reyes Cárdenas varios muebles e inmuebles.

"Tercera. Ordénase la cancelación del registro de la citada escritura.

"Cuarta. No es el caso de considerar la demanda subsidiaria, ni de resolver nada con respecto a ella.

"Quinta. No hay lugar a condenar en costas de primera ni de segunda instancia."

Contra este fallo interpuso recurso de casación el apoderado del demandado, recurso que es admisible por su naturaleza y cuantía.

Se alegó la causal primera de casación, y se ataca la sentencia en primer término por violación de ley sustantiva, por errores de hecho y de derecho en la decisión de las excepciones de carencia de personería sustantiva de la parte demandante y carencia de acción de ésta y de cosa juzgada.

El fundamento de la primera de estas excepciones en las instancias, es el de haber pedido los demandantes, en su propio nombre, en carácter exclusivamente personal, y no para la herencia de Mariano Parra Cadena, en su carácter de herederos del mismo.

El Tribunal interpretó la demanda en el sentido de que los actores pidieron como herederos y para la sucesión de Mariano Parra C., ya por los documentos que presentaron, y en que consta su carácter de herederos, ya por el provecho que derivan como tales de la nulidad demandada, ya por haberse corregido la demanda para que se declare la nulidad, no en favor exclusivo de los

demandantes, sino en favor de la sucesión del extinto Mariano Parra C. Ahora, como esta interpretación no ha sido atacada en casación por error de hecho en la interpretación de la demanda, o sea en la apreciación de esta prueba del expediente, tal apreciación está en pie.

Pero el recurrente, invocando la causal primera, ataca a su turno la sentencia, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de los documentos en que se fundó el Tribunal para reconocer a los demandantes el carácter de herederos de Mariano Parra C. Estos documentos son los que el Tribunal enumera y analiza en el siguiente párrafo:

"Por ambas partes se han traído al expediente, en copia, las partidas de bautismo de Miguel Angel y María Hortensia Parra, donde se explica que son hijos naturales de Purificación Cruz; por la escritura pública número 340, pasada ante el Notario de Ramiriquí el catorce de octubre de mil ochocientos noventa y nueve, que en copia registrada se presentó, Mariano Parra C. reconoció como hijos naturales suyos a Ana Benilda Ruiz, José Ernesto, Miguel Angel y María Hortensia Parra, quienes tenían por madre, la primera, a María Ruiz, y los tres últimos a Purificación Cruz; Mariano Parra otorgó testamento ante el Notario de Ramiriquí el cuatro de enero de mil novecientos uno, y allí, después de expresar las calidades de su persona, entre las cuales cuenta la de ser soltero, en la cláusula cuarta ratifica el reconocimiento de sus hijos naturales hecho, según dijo, y luégo hace una distribución de sus bienes entre ellos y otras personas. Mariano Parra murió, y su cadáver fue sepultado en Jenesano, el diez y ocho de julio de mil novecientos uno, como lo dice la respectiva partida."

Fuera de esto, el Juzgado del Circuito de Ramiriquí declaró herederos del señor Mariano Parra a los demandantes.

No habiendo descendencia legítima, los hijos naturales legalmente reconocidos, son herederos del padre difunto. No se ve, pues, observa la Corte, en qué haya podido errar el Tribunal al aceptar que, como herederos de su padre, los demandantes tenían personería para pedir la nulidad de una venta hecha por aquél.

Pero el recurrente cree que el Tribunal sólo se apoyó en el auto de declaratoria de herederos, dictado por el Juez del Circuito de Ramiriquí, y arguye en el primer motivo de su acusación, después de citar los apartes del fallo en que el Tribunal analiza aquellos documentos, que el auto del Juez está equivocado, porque hace declaración de herederos testamentarios, no habiendo testamento que haga la institución de herederos; porque el Tribunal, a pesar del contexto del auto, tuvo a los actores como herederos **ab intestato**; que el sentenciador no era el llamado a hacer la corrección del caso, porque el referido auto no le fue sometido a su decisión, ni se trata de un defecto accidental. De todo lo anterior, concluye el recurrente, que el Tribunal cometió un error de hecho evidente en los autos, al apreciar la prueba aducida por los demandantes para acreditar que son herederos de Mariano Parra, y fundar en ella tanto su personería sustantiva como su acción, con lo cual violó las siguientes disposiciones: el artículo 835 del Código Judicial, que dejó de regir; los artículos 1342 y 1344 del Código Civil; 15 de la Ley 169 de 1896; 162 del Código de Organización Judicial; los artículos 542 y 543 del Código Judicial, que dejó de regir; los artículos 1009 a 1048, 1155 y 1240 del Código Civil; 86 de la Ley 153 de 1887 y 52 de la Ley 105 de 1890.

A lo anterior, observa la Corte, en primer término, que uno no es heredero porque un Juez lo declare así, sino que, al contrario, el Juez hace tal declaración porque uno es heredero, dando la prueba, ya del entroncamiento con el de **cujus**, o la institución testamentaria. Por eso ha dicho la Corte:

"El carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del de **cujus** que lo haya instituído tál, sin condición, o que por los lazos de sangre se halla en el caso de ser considerado heredero." **(Jurisprudencia de la Corte, tomo III, número 1842).**

Ahora, no es admisible la tesis del recurrente, de que la declaración de herederos hecha por el Juez no sirve para establecer la personería de los demandantes, porque en tal declaración se dijera que las personas así reconocidas son herederos testamentarios, no habiendo testamento, no sólo porque tal reconocimiento se hizo con apoyo en las actas de nacimiento de las personas a que se refiere la escritura pública en que Mariano Parra C. tuvo como hijos naturales suyos a los hijos de María Ruiz y Purificación Cruz, sino porque tal declaración sumaria hay que respetarla mientras no se pruebe lo contrario, no tratándose de controversia en que se discuta la calidad de heredero en competencia con herederos de mejor derecho, como sería en acción de petición de herencia. Así lo ha resuelto la Corte, como se ve, entre otras, en la sentencia de 26 de marzo de 1912. **(Jurisprudencia de la Corte, tomo I, página 41, y Acuerdo número 385, de 20 de agosto de 1889; III, 332, Jurisprudencia de la Corte,** tomo citado).

Tampoco es óbice para admitir esa declaración de herederos el hecho de que en ella se diga que son herederos testamentarios de Mariano Parra las personas allí indicadas porque ésta es una modalidad que no influye en la declaración misma que subsiste.

Por otra parte, el Tribunal tuvo en cuenta también el reconocimiento de hijos naturales hecho por Mariano Parra, reconocimiento que da a los reconocidos el carácter de herederos. Y si el Tribunal, para decidir sobre la excepción de ilegitimidad de la personería alegada, tuvo en cuenta ese carácter de herederos de los demandantes, no se ve porqué no sea punto sometido a su jurisdicción, y con ello hubiera violado el artículo 835 del Código Judicial, que dejó de regir, y demás disposiciones que el recurrente cita bajo la letra **a).**

De las disposiciones de los artículos 1342 y 1344 del Código Civil y 162 del antiguo Código de Organización Judicial, saca el recurrente estas consecuencias:

1ª Que para hacer la declaratoria de herederos es preciso que preceda auto sobre apertura de la sucesión, debiendo cumplirse con la formalidad legal de hacer la publicación de avisos por la imprenta; y

2ª Que la declaratoria de herederos corresponde, con jurisdicción privativa, al Juez que haya declarado abierta la sucesión.

Mas la Corte observa que tales exigencias no vienen al caso, porque ellas tienen objeto distinto de la declaratoria de herederos, y nada tienen que ver con ella, pues se han establecido con el objeto de citar a los que por algún título tengan interés en la sucesión, pero sin que

ese llamamiento sea necesario para el reconocimiento de herederos en la sucesión. Lo que es indispensable para el reconocimiento de herederos es la prueba de que la sucesión se ha abierto con la constancia de la muerte del causante, prueba que se dio en este caso. Por lo mismo no hay porqué considerar que los actores para ejercitar sus acciones como herederos, tenían que probar en este juicio que se habían hecho las publicaciones por la imprenta, de que tratan los artículos 1342 y 1344 del Código Civil, y que por falta de esas pruebas se hubieran violado por el Tribunal tales disposiciones y las de los artículos 542 y 543 del Código Judicial, que dejó de regir.

Dice el recurrente que en el testamento de Parra no se hizo institución de herederos en los términos de los artículos 1009 y 1155 del Código Civil; que en ese testamento sólo se hicieron legados; que no pudo ni debió hacerse declaración de herederos testamentarios; que al hacerla, el Tribunal violó estas disposiciones, pues que no debió estimar como prueba tal declaración, y que al apreciarla violó también las mismas disposiciones.

A esto contesta la Corte que el Tribunal no ha hecho declaración de herederos testamentarios sino el Juez del Circuito de Ramiriquí; el Tribunal no hizo sino reconocerla con alguna crítica; y si llegó a la conclusión de que los demandantes son herederos de Mariano Parra, fue porque no sólo existe esa prueba por sí suficiente, sino otras pruebas que establecen el carácter de herederos de los demandantes. Además, es sabido que una sucesión puede ser parte testada y parte intestada, por lo cual no hay violación de las disposiciones legales que en esta parte cita el autor del recurso.

El quebrantamiento de los artículos 1046 a 1048 y 1240 del Código Civil, se hace consistir en que con sólo ver tales artículos no se podía tener como herederos a los demandantes, sin tener en cuenta que el artículo 86 de la Ley 153 de 1887 dice que los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, disposición esta última que también considera quebrantada el recurrente, acaso por no haberse aplicado a la litis. A lo cual observa la Corte que el Tribunal, para tener como herederos a los demandantes, no solamente se apoyó en los artículos mencionados, sino en la escritura de reconocimiento de hijos naturales. En cuanto a la prueba de que existan herederos de mejor derecho, o sea hijos legítimos, es obvio que tal prueba corresponde darla al que afirma la existencia de tales hijos.

A esto se observa que esta misma corporación ha dicho: "Quien estuviere interesado en rechazar la pretensión de alguno que se titule heredero del finado, por no corresponderle a éste la herencia, sino a otro de grado preferente, debe probar que hay un heredero de ese grado." **(Jurisprudencia de la Corte,** tomo III, número 1839).

Por lo dicho hasta aquí, la Corte estima que el Tribunal tuvo razón para no declarar probada la excepción que se acaba de examinar y que por consiguiente el cargo no es fundado.

Cosa juzgada.

Se apoya esta excepción, como dice el Tribunal, "en el antecedente de que entre la señora Tránsito Cadena, madre de Mariano Parra, y Enrique Parra, como curador de Benilda Ruiz, hija natural de Mariano, de un lado, y el señor Martín Reyes, de otro, se había ventilado ya un juicio al cual había concurrido asímismo Purificación Cruz, como guardadora de sus menores hijos Miguel Angel y María Hortensia Parra, juicio aquél que terminó por fallo absolutorio, así en primera como en segunda instancia, y que, en concepto del demandado, comprendía también lo que hoy es material principal en el presente."

El Tribunal conviene en que al juicio fallado concurrió Purificación Cruz como guardadora de sus menores hijos Miguel Angel y María Hortensia Parra; que tanto en ese juicio como en el actual, se pidió la nulidad de la venta hecha por Mariano Parra C. al demandado Martín Reyes, pero no conviene en que tal nulidad se pidiera por igual motivo, porque en este juicio, dijo, se pide la nulidad de tal venta por causa de simulación, mientras que en el otro se demandó la nulidad por otras causas y se absolvió al demandado. Para llegar a esta conclusión dijo el Tribunal que por no haber firmado Purificación Cruz la primitiva demanda, no podía considerarse como demandante o parte actora a sus hijos pupilos, porque aunque la señora Cruz dió en seguida poder a Octavio Rincón para que interviniera en ese juicio, el papel de la Cruz por medio de su apoderado Rincón, sólo fue el de parte coadyuvante de la actora, y por parte actora no puede estimarse con propiedad sino a la que constituyeron Tránsito Cadena, que intervino allí en su propio nombre y Benilda Ruiz, representada por su curador Enrique Parra; de tal modo—dice el Tribunal—que a esas solas personas o a sus causahabientes es a quienes cobijan únicamente las consecuencias de la resolución definitiva en dicho juicio, porque conforme a los principios procedimentales y a la misma cosa juzgada, en un juicio contencioso, sólo pueden actuar como partes actoras, naturales o jurídicas, las que se han ligado por el cuasicontrato de litis contestación. Quien después de trabado el pleito, interviene en él, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa, no es parte, y por lo mismo, según lo ha dicho la Corte, no puede interponer el recurso de casación."

El recurrente ataca estos conceptos del Tribunal por error evidente de hecho en la apreciación de los documentos que se adujeron por el demandado Reyes como fundamento de la excepción de cosa juzgada, consistentes en el poder conferido a Octavio Rincón en el juicio fallado, para intervenir en nombre de los menores hijos de Purificación Cruz, demandantes hoy; en el auto que decretó el poder; en la demanda o petición que hizo Rincón inmediatamente después; en el auto que a ella recayó y en las sentencias de primera y de segunda instancia. Hace consistir el recurrente tal error en que aun cuando en esas piezas se reconoció a la señora Cruz y a sus hijos como partes en aquel juicio, representados por el apoderado nombrado, el sentenciador las calificó únicamente como coadyuvantes, y así concluyó que tales providencias no pudieron cobijarlas. Impugna el recurrente el razonamiento del Tribunal diciendo que es erróneo, porque el autor del recurso demostró en varios hechos de la demanda de casación, que Purificación figuró en la demanda de nulidad primeramente propuesta, aunque no la firmó, pero que su apoderado Rincón intervino en seguida en el juicio, como parte, y así se le reconoció; que tanto la sentencia de primera como de segunda instancia comprendieron a la Cruz y a sus hijos como demandantes, y en esa condición fueron absueltos. Que si esos hechos tan claros y rotundos no constituyen parte a un litigante, aquí a los menores representados por su madre guardadora, entonces no habría partes; que si bien es cierto que la Corte ha declarado que el coadyu-

vante no es parte en el juicio, aquí los hijos naturales de Parra Cadena no se limitaron a coadyuvar porque su apoderado no invocó en apoyo de sus pretensiones el artículo 863 del Código Judicial, derogado, y además, porque la segunda instancia se siguió y fue causada por la apelación de la Cruz y su apoderado Rincón, ya que las demás partes no apelaron del fallo. Por último, arguye el autor del recurso, que si se tiene en cuenta lo que establecen los artículos 260, 320 y 846 del Código Judicial, entonces vigente, no queda duda sobre el particular, pues la primera de dichas disposiciones dice que se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostienen en el pleito una misma pretensión; el segundo, que pueden sostener una acción como demandantes o demandados todos aquellos a quienes interese el juicio, y el tercero, que la sentencia dada en un pleito no perjudica sino a los que litigaron por sí o legalmente representados; y que como los citados menores litigaron legalmente representados hasta el punto de producir abundantes pruebas y ser actores en la segunda instancia, síguese con rigor lógico que los tales fueron partes en el primer juicio, y al no reconocerlo así el Tribunal violó palmariamente las disposiciones que se dejan citadas.

Por lo que hace al elemento de la identidad de personas, observa la Corte que no habiendo intervenido desde que se inició el primer juicio la representante de los menores, ni su apoderado, porque la primera no firmó la demanda, y el segundo, intervino después de ser ella notificada, ninguno de los dos tuvo el carácter de parte demandante, sino el de coadyuvante, aunque no se invocara el artículo 863 del Código Judicial anterior, porque parte demandante es la que reclama la eficacia de un derecho, iniciando así el pleito, decía el artículo 292 del Código Judicial. Pero la guardadora de los menores Parras, representada por su apoderado, sí fue parte coadyuvante de la demandante y como tál intervino en el juicio hasta siendo actora en este carácter en la segunda instancia, porque entró al juicio alegando que le perjudicaba la sentencia y naturalmente si le era favorable, se aprovechaba de él. Pero por el hecho de no haberle sido favorable el fallo, no puede desconocerse que litigó en el juicio y que por consiguiente le perjudicaba la sentencia, conforme al artículo 846 del Código Judicial, que dejó de regir, aun con el carácter de coadyuvante, porque esta disposición no distingue entre parte demandante y parte coadyuvante, para que el fallo perjudique, sino que sólo exige que la parte haya litigado en el juicio por sí o legalmente representada. De modo que al no haberlo reconocido así el Tribunal, violó la última disposición citada. Pero esta violación legal no es suficiente para casar la sentencia porque ésta tiene otro fundamento que es el tener el primer juicio causa distinta del actual, como se ve comparando, según dice el Tribunal, las dos demandas. En la primera se demandó la nulidad por ser incapaz el comprador Reyes Cárdenas, a causa de haber sido instituído albacea del testador, después vendedor, y por error de hecho en el contrato; pero en esa demanda ni en sus hechos se invocó como causa de ella la simulación que es causa única del juicio actual.

Pero arguye el recurrente en el punto **b**) de su acusación que si en los hechos de la demanda primitiva no se habló de simulación, el debate se concretó a probar esa causa de nulidad, y tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia del primer juicio, se habló de tal causa de nulidad.

Esto es cierto, observa la Corte, pero como la demanda no tenía tal causa, mal puede entenderse que al absolver al demandado en ese primer juicio se le absolviera también del cargo de nulidad por simulación, y al confirmar el Tribunal dicho fallo, tampoco puede entenderse que quedó por consiguiente comprendida la nulidad por causa de simulación. El Tribunal, al fallar el primer juicio, no obstante decir con mucho acuerdo que no es lícito fundar una sentencia en hechos que no hayan sido formulados en la demanda, aunque en la secuela del juicio aparezcan comprobados, cayó en seguida en el error de examinar las probanzas de la simulación y el cargo dizque como una excepción, lo que le estaba vedado, según lo que él mismo acababa de decir; pero ello es que este erróneo proceder del Tribunal no lo llevó siquiera de hecho a dictar sentencia sobre la simulación.

El hecho de que el sentenciador hubiera dicho en esa parte de la sentencia que absolvía al demandado Reyes Cárdenas de la demanda que le promovieron Tránsito Cadena de Parra, Enrique Parra Cadena y Purificación Cruz, sobre nulidad de la escritura y contrato de venta hecha por Mariano Parra Cadena, ante el Notario de Ramiriquí, bajo el número cuatro, de seis de enero de mil novecientos uno," sólo puede, por consiguiente, entenderse que tal absolución se refirió a la causa o causas de nulidad alegadas expresamente en la primitiva demanda, porque es sabido que la sentencia no puede recaer sino sobre lo alegado en la demanda y sus hechos.

En resumen, no habiéndose comprobado que en el pleito primeramente fallado se hubiera alegado por todos los demandantes la nulidad por causa de simulación no concurren, por ese aspecto, los requisitos esenciales para que exista cosa juzgada, y que por consiguiente, al no reconocerlo así el Tribunal, hubiera incurrido en el error de derecho que invoca el recurrente y con él hubiera violado los artículos 531 y 846 del Código Judicial que dejó de regir.

Fondo de la acción.

Así llama el Tribunal el estudio que hizo referente a la existencia de la simulación.

Con ocasión de este estudio, afirma el recurrente que el sentenciador incurrió en palmarios errores de derecho en la apreciación de las pruebas y en la aplicación del derecho, con los cuales violó varias disposiciones sustantivas.

Transcribe el recurrente varios apartes de la sentencia, en que el Tribunal analiza los elementos esenciales de los contratos, y en vista de ese análisis, dice que en el caso de que se trata no hubo causa, ni por consiguiente ánimo de parte del vendedor de transferir la propiedad, y en el comprador de adquirirla; ni tampoco objeto, porque éste es el término de la obligación; que la ausencia de estos elementos esenciales reclamados por los artículos 1502, 1717 y 1524 del Código Civil, anulan de modo absoluto el contrato, conforme a los artículos 1740 y 1741 del mismo Código y que eso fue lo que se pidió en el primer postulado de la demanda.

Arguye a esto el recurrente en el primer cargo hecho a la sentencia que el Tribunal confunde en esos pasajes el consentimiento con la causa y el objeto, requisitos diferentes, así como es diferente también de los otros la capacidad; que la demanda no trae acusación sino por falta de causa, y el Tribunal así lo reconoce, pero aplica erradamente a esa causa las disposiciones sobre el con-

sentimiento y el objeto, y con esos errores que saltan a la vista violó las disposiciones del Código Civil que el sentenciador cita en esa parte de su fallo.

Se considera:

El artículo 1502 del Código Civil habla de los cuatro requisitos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, y que son: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

El artículo 1517 de la misma obra estatuye que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer; y que el mero uso de las cosas o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

El artículo 1524 prescribe que no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero que no es necesario expresarla; que la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente; y que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato.

Por su parte, la Corte ha dicho que, "se entiende por causa el motivo inmediato que induce a las partes a contratar, es decir, que la causa de la obligación para el vendedor es la adquisición del precio de la cosa vendida, y para el comprador la adquisición de dicha cosa, por ser esos respectivamente, los motivos inmediatos que los contratantes tuvieron para celebrar el contrato, sin que deban tenerse en cuenta los motivos mediatos de la obligación de cada parte." (**Gaceta Judicial**, año 13, 110, 1ª).

Acorde con todo esto, el sentenciador sostuvo que siendo simulado el contrato no pudo tener causa, "puesto que el vendedor Parra no pudo proponerse que Reyes fuera obligado a pagar el precio de la cosa, ni a su vez el comprador quiso obligar a Parra a enajenarle y entregarle los objetos de la venta."

Como se ve, el Tribunal, de acuerdo con la ley y con la jurisprudencia, no se equivocó al afirmar que para el vendedor la causa es la adquisición del precio de la cosa vendida y para el comprador, la adquisición de dicha cosa; y siendo esto así, mal pudo violar el artículo 1524 del Código Civil.

Con que el sentenciador llegara a la conclusión de que el contrato simulado carecía de causa, tenía suficiente base para decretar la nulidad demandada, pues la causa, del modo como la entendió el Tribunal, es uno de los requisitos necesarios para que un contrato tenga valor. Ha podido, pues, el sentenciador prescindir de hablar de los otros elementos o requisitos necesarios para la validez de un contrato, pero habló de ellos sin confundirlos, o mejor dicho, del consentimiento y del objeto para deducir que en un contrato simulado no puede haber consentimiento para celebrar un contrato real, porque todo es fingido, lo cual es verdad; y que tampoco hay objeto, porque si el de la obligación del comprador es el precio, como lo reconoce el mismo recurrente, mal puede haber objeto en un contrato simulado, una vez que el comprador no va a dar precio alguno ni el vendedor a transferir el dominio de la cosa vendida.

Con todo esto, que no era necesario decirlo, la Corte no encuentra que el Tribunal hubiera violado los artículos indicados por el recurrente, sino que, por el contrario, los ha interpretado rectamente.

Estimación de la prueba y aplicación al debate.

Sienta el Tribunal que no hay prueba directa de la simulación, pero que el expediente suministra indicios, presunciones y conjeturas suficientes para concluír que el contrato en debate es simulado. Dice que son indicios de la simulación alegada, los siguientes:

"1º Los que resultan del enlace de estos hechos, que están plenamente comprobados: el reconocimiento de hijos naturales hecho por Mariano Parra a favor de Benilda Ruiz, Ernesto, Miguel Angel y María Hortensia Parra, el día cuatro de enero de mil novecientos uno, en el cual asigna a sus nombrados hijos, después de ratificarles el ya dicho reconocimiento, el terreno de **Caicedos**, de la jurisdicción de Ramiriquí, en donde tenía dos casas de habitación. La confección de la escritura de venta de todos los bienes del testador, consumada dos días después a favor del albacea, señor Martín Reyes, expresando con razón para ello, la conducta que para con Mariano había observado su madre Tránsito Cadena; escritura en la cual se prescinde en absoluto de los hijos del vendedor, en tanto que sí se le impone al comprador obligación de pagar ciertas cuotas del precio a casi todos los otros asignatarios del testamento, inclusive la misma señora Cadena.

La fuerza inductiva de estos actos en pro de la existencia del caso que se pretende demostrar, emana de que la lógica que es preciso suponer en las operaciones del hombre cuerdo, conforme a su naturaleza moral, no existe en los procedimientos acotados, porque no se concibe que un individuo, que insistentemente reconoce como suyos unos hijos naturales, y les asigna libremente un día lo mejor de sus bienes, a las cuarenta y ocho horas les priva de todo beneficio, sin que aparezca causa justificativa. Avaloira este indicio—continúa el Tribunal—la consideración de que Mariano Parra, visto el enojo de su madre, pudo creer que ésta pidiera la reforma del testamento, para obtener lo que la ley le garantizaba como legitimaria, minorando así lo asignado a los hijos reconocidos, y para conjurar tal peligro, recurrió al mal aconsejado recurso de la venta. A esa interpretación lleva no sólo la huella que deja la escritura, sino la declaración del Notario y los testigos Moreno, Ignacio Castelblanco y Jeremías Parra.

"2º Es asimismo indicio, la confianza que existía entre Parra y Reyes, de que hablan varios testigos, que admite el demandado al contestar la demanda y que se revela en el testamento al hacer a Reyes albacea, con tenencia de bienes.

"3º Lo es igualmente el carácter de universal que tiene la venta, la cual comprende no sólo fincas raíces, sino sementeras, utensilios de labor, semovientes de varias clases, muebles y hasta la loza, como lo persuade la lectura de las cláusulas sexta y séptima del contrato.

"4º Es indicio la escritura número 2, hecha ante el Notario de Ramiriquí, en la vereda de **Caicedos**, en la casa de habitación de la señora Juliana Cárdenas de Reyes, el cuatro de enero de mil novecientos tres, que acredita la transacción más arriba copiada, que se verificó entre Enrique Parra y Julio Rojas Jiménez, para obtener el reconocimiento de legalidad del contrato de compraventa por la señora Cadena y los hijos naturales de Mariano; en la cual transacción, dice el doctor Rojas Jiménez que 'como agente oficioso y amigo del señor Martín Reyes, da al señor Enrique Parra la suma de noventa mil pesos.....'

"Los indicios anteriores, que se encuentran satisfactoriamente probados, tienen el carácter de vehementes,

por cuanto concurren acordemente—dice el Tribunal—y con fuerza, a satisfacer el hecho controvertido.

"Si coincidieran en las circunstancias de tiempo y lugar, anota el sentenciador, sería indicio gravísimo el que comportan las declaraciones de Rafael Zerda Neira y Marco Tulio Castañeda quienes aseveran que Mariano, en momentos en que estaba gravemente enfermo, buscaba una persona de su confianza para hacer escritura de sus bienes, con el fin de que éstos pasaran a sus hijos naturales, y que no habiendo aceptado el encargo el primero de aquellos caballeros, ambos le indicaron para el objeto al señor Martín Reyes. No se explica en las exposiciones, dice el Tribunal, si los testigos se hallaban a la vez con Mariano, cuando éste les expresó sus deseos, y cuando le dieron el consejo de utilizar a Reyes, que si así fuese, el hecho indicio se encontraría plenamente probado. Sin embargo, cada una de ellas tiene el mérito de gran presunción respecto del hecho indirecto (artículo 606 del Código Judicial).

Encuéntranse todavía otros elementos de menos valía que los anteriores dice el sentenciador, pero no por eso menos conducentes a la demostración de que se trata. Tales son las declaraciones de Ignacio Castelblanco y Jeremías Parra; la de Candelaria Arias, que tiende a establecer una confesión extrajuicio de la simulación; la de Buenaventura Moreno, que envuelve una sospecha bastante fundada, finalmente, la resistencia a declarar puesta por Belisario Neira, alegando que era primo hermano del demandado, vale como un testimonio nudo (sic) en favor del actor, particularmente si se le pone en relación con el papel que le asigna Gabriel Parra, cuando dice que dicho señor Neira sacó de los baúles de Mariano el dinero destinado a representar la ficción de pago, el día que se hizo la escritura. Tienen estas probanzas el significado legal de presunciones unas, y de conjeturas otras. Lo anterior, dice el Tribunal, toca con los hechos 1º, 2º, parte del 5º y 7º de la demanda.

Reconoce el Tribunal en seguida que el comprador Parra entró en posesión de uno de los terrenos materia del contrato a raíz de la venta, en contra de lo que sostienen los demandantes. Empero, dice, de esto no se sigue nada en pro de la efectividad de la compraventa, porque, si se pára la atención en el interés que tenía Parra de hacer pública y notoria su actitud, puesto que la eficiencia de la ficción era parte integrante de su proyecto, más bien aquella aparatosa medida de permitir inmediatamente la posesión de todos sus bienes al comprador, despierta juicios adversos a la sinceridad del contrato. En efecto: en la escritura hay algo que no se expresa comúnmente en los instrumentos de esta clase. Allí dice Mariano en la declaración tercera, "que autoriza a Reyes para que disponga de los bienes vendidos de la manera que a bien tenga como dueño exclusivo que de ellos es."

Si a esto se agrega lo que dos testigos manifiestan haber oído de Mariano en relación con la venta hecha a Martín y la instrucción que daba a sus arrendatarios de que pagaran a éste el arriendo correspondiente al año anterior a mil novecientos uno, esto es, al año que precedió el contrato, no es aventurado sospechar que Parra se esforzaba por hacer creer a los extraños en la seriedad de su procedimiento, en tanto que a sus íntimos les declaraba otra cosa, como lo deja ver lo que contestó a ciertas preguntas de Buenaventura Moreno y Candelaria Arias. "Martín es de buena conciencia y cumple las voces del testamento," le dijo al primero.

Parra estuvo asistido de abogados al hacer la escritura, y uno de éstos la redactó; de acuerdo con Martín Reyes, dice el Notario Mendoza, al cerrar su declaración. Por otra parte es posible que al mismo vendedor le pareciera cosa dura que el público se convenciera de que un hombre acaudalado enajenara en las últimas horas de su vida todos sus bienes, sin necesidad, y como tal vez le atormentara ese pensamiento, porque le traía el temor de que su verdadero propósito fracasara, acudía a los medios que le parecían buenos, para darle al supuesto contrato los visos de efectividad.

Para interpretar fielmente la intención de un agente moral, es necesario tener en cuenta el medio en que obra, las preocupaciones que le asisten y los fines que busca.

Es oportuno observar que la posesión que se interesó en probar la parte demandada fue la del terreno de **Caicedos**. Salvo un declarante, que comprende también la del inmueble **Faravita,** nadie habla de **Pozosnegros,** de **Perqueras,** ni de la casa de Ramiriquí.

El hecho 6º contempla la imposibilidad del demandado, por razón de su pobreza, para pagar el precio estipulado en el contrato. La pobreza o la riqueza son conceptos demasiado relativos, y en su apreciación discrepan mucho los hombres. La prueba allegada sugiere la idea de que el día del contrato, el señor Reyes no era una persona pobre, aunque es muy dudoso que su poder económico lo habilitara para reunir una suma de treinta y ocho mil ochocientos pesos en breves horas, dado el tiempo que transcurrió entre la hechura del testamento y la de la escritura. En ésta se declara que treinta y siete mil setecientos ochenta y cinco pesos, los tenía dados Reyes al comprador, cantidad que con mil quince pesos que le entregó al otorgar la escritura, componía la que primero se expresó. Ya está dicho a quiénes y cómo debía cubrirse lo demás para completar el precio.

Los autos no dan luz ninguna acerca del tiempo y forma en que se pagara el primer contado. ¿Fue antes de hacer el testamento? No es creíble. ¿Fue después? ¿Lo recibió el enfermo, que en aquellos días estaba de gravedad? ¿Quién lo recibió por él? Todo esto ha quedado en la mayor oscuridad, y es raro que habiéndose observado tan singular esmero en hacer constar solemnemente la entrega de mil quince pesos, se hubiera guardado una reserva absoluta con relación al pago de una suma evidentemente fuerte en aquella época, y supremamente superior a la otra.

A los interrogantes antes hechos deben agregarse otros. ¿Qué hizo Parra el producto del precio, en qué lo invirtió o a quiénes se lo dejó al morir? También éste es un enigma.

Dado el cargo que envuelve el hecho que se estudia, era de esperarse que el demandado hubiera hecho siquiera el intento de defenderse de él, cubriendo con pruebas estos vacíos que, a modo de indicios, se suman a los que ya se han anotado.

De suerte, aun supuesta la posibilidad de Reyes para pagar los valores de que habla el contrato, es improbable que el comprador hubiera recibido el primer contado, aunque así lo diga la escritura; pues, ciertamente, lo que se está discutiendo es la veracidad de las declaraciones de ésta, y habría petición de principio en dar por demostrado lo mismo que está en tela de juicio.

Por otra parte, el mismo motivo que aduce Parra en la escritura para hacer la venta, hace inverosímil la efectividad de ésta y el pago del precio, puesto que si se

propuso evitar que su madre hiciera valer la acción de reforma del testamento para invalidar su voluntad y cercenar las asignaciones de sus hijos naturales, Parra no podía ignorar que, muriendo intestado, el producto de la venta quedaba también sujeto al riesgo de que lo tomara su ascendiente legítima, y aun en proporción mayor que la que estableciera la temida reforma, máxime si, como se ha dicho muchas veces, el vendedor estaba, en el momento del contrato, en peligro inminente de fallecer.

Para terminar este capítulo, resta sólo hacer la advertencia de que las consideraciones referentes al pago, quizá no se contengan literalmente dentro del texto del hecho 6º. Mas como en la demanda se señala como hecho la simulación, cuanto contribuya a establecerla no es extraño al debate.

El análisis anterior deja en la Sala la convicción de que, efectivamente, el contrato de compraventa celebrado el día seis de enero de mil novecientos uno, entre Mariano Parra y Martín Reyes es simulado, y ese aserto tiene su apoyo jurídico en los varios indicios, presunciones y conjeturas anotados que, siendo diferentes, se refuerzan mutuamente y concurren todos, con los rayos de luz que proyectan, a iluminar el hecho desconocido denunciado en la demanda, como determinante del vicio de nulidad.

Como se ve, son muchos los elementos de prueba enumerados por el Tribunal, para llegar a la conclusión de que existe la simulación alegada, si se toman en su conjunto y se armonizan unos con otros, elementos que, como se ha visto, el sentenciador clasifica como indicios, presunciones y conjeturas, y aunque incurrió en errores de hecho y de derecho, con los cuales violó disposiciones sustantivas, esas violaciones no alcanzan a infirmar el fallo.

El recurrente no ataca el conjunto de esos elementos probatorios, sino cada elemento por separado, y así no hay prueba de indicios que pueda aducirse y que resista el análisis. Lo que el recurrente ha hecho no le está permitido en casación.

La Corte tiene sentadas estas doctrinas:

"Los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba de indicios, la cual obra en el ánimo, según el criterio de cada uno, y su apreciación implica necesa-amente un acto inseparable de la conciencia individual del Juez."

"Cuando los indicios no son necesarios, el grado de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho de que se trata, son materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luégo que en esa operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede caber error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador."

"El recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios en que se apoya el Tribunal sentenciador, demostrando que tales indicios no están comprobados, pero no criticando la apreciación que de ellos ha hecho el Tribunal, para hacer ver que no tienen la fuerza probatoria que el juzgador les asigna. Esta apreciación escapa a la casación." **(Jurisprudencia de la Corte,** números 2001, 2002 a 2012).

Si se tiene en cuenta todo lo anterior, no es admisible, como lo quiere el recurrente, que todos los pleitos sobre simulación tengan que someterse a un cartabón de pruebas que él enumera, sin que sea lícito admitir otras. Pero se consideran en seguida los reparos hechos por el recurrente a los indicios, conjeturas y elementos estudiados por el Tribunal.

En el aparte **a)** de la demanda de casación, el recurrente critica el primer indicio invocado por el Tribunal en pro de la simulación, y dice, comparando su exposición, que como los hechos en él invocados, aunque en parte están probados, no tienen relación ninguna con el hecho que se investiga, que de la escritura de venta aparece probado que el vendedor Parra recibió el precio de la venta, en dinero en su mayor parte, que era contra lo cual debía aducirse prueba; que los hechos aducidos por el Tribunal podían ser causa mediata de la compraventa, pero de ninguna influencia en ella, por lo cual no puede deducirse de ellos indicio, y al reconocer el Tribunal que lo hay, violó el artículo 587 del Código Civil.

A esto observa la Corte que, como se ha dicho, la crítica del recurrente no puede tenerse en cuenta, porque se encamina a negar la relación más o menos estrecha que el Tribunal halló entre aquellos hechos y el que se investiga, es decir, a la apreciación misma, en que el sentenciador es soberano, pues depende del juicio del sentenciador, que escapa a la casación.

El Tribunal afirmó que el padre natural dejó en su testamento lo mejor de sus bienes a sus hijos naturales, y a las cuarenta y ocho horas los privó de todo beneficio, por la venta simulada, sin causa justificativa. El recurrente dice que no hay prueba de que lo dejado por el padre a sus hijos en el testamento fuera lo mejor de sus bienes; pero tampoco hay prueba de lo contrario, y solamente con esta prueba no se podría concluír que el Tribunal erró, con error evidente de hecho, en la mencionada apreciación.

Algunos testigos han dicho, y así se deduce de una cláusula de la escritura de venta, que la madre del testador se disgustó mucho y trató mal al hijo, por no haberle dejado en el testamento sino muy poca cosa; y que esto indujo a Mariano Parra a vender simuladamente, a las cuarenta y ocho horas, todos sus bienes al demandado.

El Tribunal considera todo esto del disgusto, y la venta de todos los bienes del testador a raíz del testamento, como un indicio de la simulación, y el recurrente dice que no es indicio sino conjetura, y que al considerar el sentenciador que es indicio, violó el artículo 587 del Código Judicial, por errónea aplicación del mismo.

Para la Corte, fuera de que el Tribunal es soberano en cuanto a la apreciación de la relación que tenga la referida prueba con el hecho de la simulación, y fuera de que la mala apreciación de una determinada prueba no podría perjudicar la apreciación que se hizo del conjunto, estima que a lo que el Tribunal llama indicio no se le puede negar una relación más o menos íntima con el hecho de la simulación, y que sirve para inclinarse a creer razonablemente que ésta existe, lo cual es suficiente para concluír que no está violado el artículo 587 del Código Judicial por indebida aplicación.

El recurrente estima que el Tribunal, al apreciar la declaración de Salvador Mendoza Mendigaña, violó los artículos 595 y 636 del Código Judicial, porque no hace fe el dicho del testigo que no expresa clara y distintamente el modo como ha tenido conocimiento de los hechos que afirma, y Mendoza Mendigaña dice en unas partes de su declaración, **no recuerdo,** y en otras, **supon-**

go, y frases por el estilo; pero es el caso que el mencionado testigo sí afirma hechos concretos, que tenían que constarle, como el de estar Colombia en plena guerra cuando se hizo la escritura que se dice simulada; como el de no haber negocios a causa de la guerra; como ser un negocio casi improvisado el de la compraventa tachada de nula; como el de existir amistad íntima entre Parra y Reyes, al último de los cuales hizo aquél su albacea; hechos todos que bien pudo tener en cuenta el Tribunal, sin que por ello violara los artículos que el recurrente cita, y aunque los colaterales no sirvan para el caso.

El testigo Buenaventura Moreno, folio (?), cuaderno de pruebas de la segunda instancia, dijo en lo pertinente.....:

A la cuarta pregunta:

"Por el conocimiento personal y directo que en esa época tenía del señor Martín Reyes, es decir, en la fecha de la escritura, no creo que éste haya podido reunir en el curso de dos días (después del testamento de Parra), los cuarenta mil pesos que se me preguntan."

A la séptima:

"Supongo que la escritura de que se ha venido haciendo mención fue simulada, puesto que un rato o momento después de firmada (el declarante fue testigo que firmó dicha escritura), me senté a la orilla de la cama donde se hallaba enfermo Mariano Parra C., y le pregunté en secreto que 'cómo quedaban esas cosas,' y Parra C. me contestó: 'Martín es de buena conciencia, y él cumple las veces (sic) del testamento'; de estas palabras deduzco la simulación de la escritura."

A la novena:

"Me consta a ciencia cierta que Mariano Parra C. y Martín Reyes se trataban siempre íntimamente en sus relaciones sociales y como leales amigos."

En orden a esta declaración, dice el recurrente, que además de caberle las mismas observaciones que le hizo a la declaración de Mendoza Mendigaña, y en cuanto a las palabras que le dijo Parra Cadena al testigo, momentos después de otorgada la escritura de venta, ninguna relación tienen con la simulación, por explicaciones que el recurrente atribuye a dichas palabras, contrarias a lo que expresa la misma escritura, porque tal declaración es única, porque con ella se da por establecida una confesión extrajudicial de Mariano Parra C., por lo cual, al apreciarla el Tribunal, violó los artículos 562, 595 y 635 del Código Judicial derogado.

Analiza en seguida el recurrente las declaraciones de Ignacio Castelblanco y Jeremías Parra; la primera de las cuales, en lo pertinente, dice:

"..... Me consta que la enajenación de los bienes hecha por Mariano Parra Cadena a Martín Reyes, fue simulada, y cuyo motivo inmediato fue la creencia, muy puesta en razón del señor Parra, de que al fallecer, sus bienes los cogiera todos su legítima madre Tránsito Cadena, o uno de sus amigos de confianza, entre ellos Rafael Zerda Neira, y así quiso que aparecieran ficticiamente en poder del señor Reyes, para que éste o aquélla los empleara en una educación esmerada de sus hijos, y les devolviera el resto de sus bienes. Esto me consta por referencias que tuve en conferencias con el finado señor Mariano Parra Cadena en repetidas ocasiones, pocos meses antes de morir, cuya precaución única era la de hallar una persona de confianza, que se hiciera depositaria de sus bienes para devolverlos a sus hijos, entre los cuales tenía elegidos a su citada madre y al señor Rafael Zerda Neira. Respecto al contenido de la escritura, nada me consta. En cuanto al conocimiento personal de los contratantes, conocía a Mariano Cárdenas (Parra debió decir), como hombre pudiente, rico, y que en el año de mil novecientos uno, por el estado grave de su enfermedad, que lo llevó a la muerte, buscaba una persona de confianza entre sus amigos para asegurarle sus bienes, con el fin de que se los devolviera a sus hijos más tarde, y entre las personas que él había señalado como indicadas para hacerle tal confianza, estaba el señor Rafael Zerda, o a su madre, la señora Tránsito Cadena; pero él nunca pensó en depositarle su confianza al señor Martín Reyes, por ser él bien conocido en el Municipio de Jenezano como hombre calavera y bebedor que fue y ha sido siempre, en treinta y seis años que hace que lo conozco. En cuanto al fuero interno del señor Reyes, puedo decir enfáticamente que es un hombre que siempre se ha distinguido por sus actos poco caballerosos, y por tanto, capaz de hacer cualquier fechoría, inclusive lo que hizo con los bienes del señor Parra. Me consta, por haberlo visto y presenciado, que el señor Mariano Parra Cadena, después de la aludida venta, continuó enfermo hasta su muerte, sin que pudiera hacer inversión de dinero en obras de beneficencia, ni en ningún otro negocio, debido a la gravedad de su mal..... Es evidente que yo no estuve al lado del enfermo a toda hora, pues es cosa que un hombre ocupado no puede hacer, pero sí puedo decir que el señor Parra, durante los últimos días de su vida, no hizo derogación (sic) de ninguna naturaleza en actos de generosidad, pues él así lo manifestó. Asimismo reafirmó este dicho con la aseveración hecha por la señora Concepción Castañeda, persona ésta que acompañó al señor Parra hasta el último momento de su vida, y que era que el señor Parra estaba careciendo hasta de lo más indispensable, motivo éste que lo obligó al señor Parra a mandar a sus sirvientes a casa del señor Martín Reyes en solicitud de dinero, como también para que le devolviera sus bienes..... Me consta que el señor Martín Reyes, en la época en que aceptó la escritura no poseía dinero suficiente para hacer una compra de la magnitud de cuarenta mil pesos, por las siguientes razones:

"1ª Tan sólo poseía una finca llamada **Pantano Colorado**, que además de hipotecada, cuando más valía unos mil quinientos pesos.

"2ª No tenía en ese entonces profesión lucrativa ninguna, y por el contrario, llevaba una vida absolutamente disipada y escandalosa....."

El testigo Jeremías Parra declaró:

"..... Conocí personalmente de vista, trato y comunicación al señor Mariano Parra Cadena, y asimismo conozco al señor Martín Reyes, vecino de Jenesano..... Por el conocimiento personal a que me refiero, y por saberlo a ciencia cierta, me consta que el señor Mariano Parra Cadena se hallaba gravemente enfermo en el mes de enero de mil novecientos uno..... Es verdad y me consta que la enajenación de todos los bienes hecha por el señor Mariano Parra Cadena al señor Martín Reyes, fue una enajenación de confianza, y cuyo motivo, muy puesto en razón, fue la creencia del señor Parra de que sus bienes, al fallecer, los recogiera su legítima madre, señora Tránsito Cadena, y por esto los dejó al señor Reyes..... La escritura por medio de la cual el señor Pa-

rra vendió al señor Reyes en el año de mil novecientos uno, personalmente no la conozco, pero sí sé que por medio de ella fue que el señor Parra le traspasó al señor Reyes todos sus bienes, en la forma dicha en mi declaración, o sea que la venta era en confianza. Respecto a la voluntad de los contratantes, puedo afirmar que tal venta fue en confianza, pues así lo hizo saber el señor Parra a varias personas. Respecto al fuero interno y conciencia de los contratantes, sólo puedo decir que el señor Parra era un hombre correcto en todo sentido, y en cambio, el señor Reyes es persona que por sus antecedentes se le conoce como hombre de muy poca corrección. Es cierto que después de la venta en cuestión, el señor Parra continuó enfermo hasta que murió, sin que se le viera hacer inversión de dinero en obras de beneficencia ni en ningún otro gasto. Después de hecha la escritura en cuestión, sé de una manera personal y directa que el señor Mariano Parra Cadena no hizo inversión de dinero en ninguna obra de beneficencia, pues así lo afirman personas que lo acompañaron, como también la imposibilidad en que se encontraba el señor Parra en los últimos días de su vida. Es verdad que en la época inmediatamente anterior a la venta de que se viene hablando, el señor Martín Reyes no manejaba bienes suficientes para hacer una compra por valor de cuarenta mil pesos oro; tan sólo tenía una finca, y la hipotecó al señor Fortunato Zerda, siendo por esto imposible que pudiera disponer de suma alguna para la compra de que se viene hablando. Además, era un hombre sin profesión ni oficio, y de una vida escandalosa, y por eso la sociedad lo reprobaba y lo tenía como hombre despreciable. Todo esto me consta, porque en esa época yo vivía en Jenesano, y presencié lo que acabo de declarar."

Respecto de estos tres testigos dice el recurrente que lo declarado por ellos es materia inadecuada del testigo; que la declaración de Buenaventura Moreno es única, y no prueba la simulación del contrato, y menos establece la confesión extrajudicial a que se refiere la sentencia, pues que como en el testamento Parra Cadena dejó unos legados en dinero, y en la escritura de venta convinieron comprador y vendedor, en que Reyes debía pagar precisamente a tales legatarios las cuotas correspondientes, a ello pudo referirse Parra en su respuesta a Moreno; que, por tanto, la conjetura del declarante fue aventurada, y al darle el Tribunal otro valor a la conclusión de ese testigo, violó los artículos 562, 595 y 636 del Código Judicial que dejó de regir.

En orden a las declaraciones de Ignacio Castelblanco y Jeremías Parra, dice el recurrente también, que lo expuesto por estos testigos no tiene conexión con el hecho principal, pues que lo dejado en el testamento a los demandantes fue a penas parte de uno de los varios terrenos vendidos, que la razón expresada por los testigos últimamente citados, de que Reyes no tenía bienes con qué hacer el pago, porque no tenía sino una finca hipotecada, no es admisible, porque no dicen cuánto valía esa finca, ni conocían los títulos de Reyes, ni sabían qué crédito comercial tuviera éste, máxime cuando el mismo Tribunal reconoce, en otra parte del fallo, que Reyes tenía recursos suficientes con qué verificar la operación de que trata: luego el Tribunal erró al tener esas exposiciones como indicios, y al hacerlo, violó las mismas disposiciones antes citadas; que la declaración del testigo Castelblanco sobre las conferencias tenidas por el testigo con Parra Cadena, es contradictoria, en cuanto al motivo que dicho testigo da a la simulación, y al tomarla como indicio, el Tribunal violó el artículo 610 del Código Judicial que dejó de regir.

Se considera:

El Tribunal no tomó la declaración de Buenaventura Moreno aisladamente, ni dijo que con ella se comprobaba confesión extrajudicial de Mariano Parra, para que así hubiera violado el artículo 562 del Código Judicial anterior, ni por el hecho de ser única tal declaración, impedía que el Tribunal la tomara para reforzar la inducción que el sentenciador saca de lo relatado en la escritura de venta en relación con el primer indicio, y le diera el valor de sospecha, que fue lo que hizo, según dijo más adelante. En cuanto el sentenciador tomó como indicio de la simulación la declaración de Jeremías Parra, respecto de la causa que este testigo da a la simulación, tal apreciación no es violatoria de los artículos 562, 595 y 636 del Código Judicial anterior, porque el testigo dice en la última parte de su exposición, que le constan los hechos por haberlos presenciado, porque tal declaración no es contradictoria en cuanto al motivo de la venta a Reyes, que era el temor que tenía Parra Cadena de que sus bienes fueran recogidos por su madre Tránsito Cadena. Ahora, en cuanto a la relación más o menos estrecha que tenga el dicho de este testigo con lo que resulta de la escritura de venta, en que el sentenciador apoya el primer indicio, y para lo cual invoca tal declaración, únicamente es materia del juzgador, que escapa a la casación. Pero sí es violatoria de las disposiciones citadas la apreciación de la declaración de Ignacio Castelblanco, porque es contradictoria en cuanto a la causa de la simulación, pues en unas partes dice el testigo que el vendedor Parra quería depositar su confianza en Reyes, y otras veces en su madre. Pero esta violación legal respecto de ese solo testimonio no es suficiente para casar la sentencia, porque ésta descansa en otros fundamentos.

Critica en seguida el recurrente los indicios segundo y tercero que trae el fallo, por cuanto no dice el sentenciador qué relación tengan con la simulación alegada el hecho comprobado de la amistad íntima entre el vendedor Parra y el comprador Reyes, ni el hecho de haber sido la venta de carácter universal, comprensiva de inmuebles, muebles y hasta la loza de la casa del vendedor, de que habla la escritura en sus cláusulas 6ª y 7ª, cuando este detalle comprueba más bien, anota el autor del recurso, la efectividad del contrato, si se tiene en cuenta que estando enfermo el vendedor Parra Cadena, ya no podía administrar sus bienes, y el hecho reconocido por la misma sentencia, de que dicho vendedor se fue luégo a vivir a otra parte, y murió en casa del comprador. Que como esos hechos no constituyen indicios de la simulación, el Tribunal al considerarlos tales, violó el artículo 587 del Código Judicial que dejó de regir, y que definía lo que es indicio.

A esto observa la Corte que los hechos de donde el Tribunal deduce los dos indicios anteriores, aparecen plenamente comprobados en los autos, y en cuanto a la relación más o menos estrecha del hecho comprobado con el que se investiga, que es lo que constituyó el indicio, ya se ha dicho que es obra del juicio del sentenciador, que escapa a la casación. No existe, pues, en esos conceptos violación del artículo 587 del Código Judicial anterior.

En la letra **d)** de la demanda de casación ataca el recurrente el indicio cuarto, que el Tribunal deduce de la escritura de transacción, verificada el día cuatro de enero de mil novecientos tres, entre Julio Rojas Jiménez, como

agente oficioso de Martín Reyes, y Enrique Parra Cadena, de parte de Tránsito Cadena y los hijos naturales de Mariano Parra C., para dejar a cubierto de cualquier reclamo de parte de estos últimos y de Purificación Cruz, guardadora de dichos hijos naturales, la venta hecha por Mariano Parra a Martín Reyes, de que trata este juicio, en cuanto en tal transacción, dice Rojas Jiménez, que obra allí como agente oficioso de Martín Reyes, y que en este carácter dio la suma de noventa mil pesos. Dice el recurrente que este indicio es el más audaz y temerario de los en que se apoya la sentencia, y no puede oponerse a Reyes, porque Rojas Jiménez obró sin autorización de Reyes, ni éste aprobó lo hecho por el primero, y que el procedimiento de Rojas Jiménez obedeció a que éste había comprado antes de la transacción por un precio muy conveniente, a juicio del recurrente, parte muy considerable de las fincas compradas por Reyes a Parra Cadena, y de ahí el interés directo o indirecto que tuvo Rojas Jiménez en la trasacción. Que, por consiguiente, al hacer producir efectos el Tribunal a las declaraciones hechas en tal transacción contra Martín Reyes, que no fue parte en ella, interpretó mal dicha escritura de transacción, y con esta interpretación violó los artículos 1759 y 1507 del Código Civil.

Para contestar este cargo, observa la Corte que si bien es cierto que las declaraciones hechas por Rojas Jiménez en la escritura de transacción, de que trata el concepto del Tribunal, no perjudican al demandado Reyes, por no haber intervenido en dicha transacción ni haberla aprobado, ello no impedía que el Tribunal tuviera como indicio de la simulación el hecho de haberse celebrado tal transacción. Y si, como dice el recurrente, la razón que tuvo Rojas Jiménez para entrar como agente oficioso de Martín Reyes en esa transacción, fue la de que el expresado agente oficioso había comprado parte considerable de los bienes vendidos por Parra a Martín Reyes, el hecho de llevar a cabo dicha transacción para evitar cualquier reclamo posterior de Tránsito Cadena y los herederos de Mariano Parra, representados por su guardadora, está indicando que el expresado comprador Rojas Jiménez no se sentía seguro de la venta que le había hecho su causahabiente Martín Reyes. Luego el mismo recurrente da una razón más para que el Tribunal tuviera como indicio el hecho de haberse celebrado aquella transacción por Rojas Jiménez, lo que hace infundado el cargo.

Transcribe el Tribunal las declaraciones de Rafael Zerda Neira y Marco Tulio Castañeda, la primera de las cuales dice:

".... soy mayor de edad, vecino de esta ciudad, y sin generales de ley con las partes.....

"Conocí directamente al señor Mariano Parra Cadena, muerto ya, y con él tuve relaciones de amistad íntima..... No recuerdo bien si fue durante la guerra o a fines de ella, que presencié que en la casa de habitación de Mariano Parra se firmó una escritura entre Mariano Parra Cadena y Martín Reyes, por medio de la cual el primero vendía al segundo la finca raíz ubicada en jurisdicción de Ramiriquí, y que se decía era de propiedad del vendedor. No recuerdo el precio del contrato. Según lo alcancé a notar, en esa época a que me he referido, me parece que en realidad se trataba de una escritura ficticia, como lo he dicho. Es verdad que cuando la escritura de que he hablado se firmó, estaba Mariano Parra enfermo de gravedad. Es verdad que el señor Mariano Parra Cadena me había manifestado que su voluntad era la de dejarle sus intereses a algunos de sus hijos naturales. Es verdad que el señor Mariano Parra me propuso que yo le aceptara la escritura de confianza, mas no con el objeto que se indica en la pregunta. Respecto de las relaciones entre Mariano Parra Cadena y su madre, me parece que no había buena amistad. Respecto del testamento digo que no lo conocí, pero sí supe que había otorgado ese testamento, y que después había resuelto Parra Cadena hacer la escritura de que hablé, porque el testamento no le satisfacía. El resto de la pregunta no me consta. Es verdad que yo le indiqué a Mariano Parra Cadena que llamara a Martín Reyes y le hiciera a él la escritura de confianza. La intención que tuvo Mariano Parra Cadena fue que Martín Reyes le hiciera escritura a algunos de los hijos de Mariano Parra Cadena; de lo demás, no me consta.....

"Aunque el contrato de que se trata en la escritura de que he hablado, es simulado, no puedo precisar nada sobre las capacidades pecuniarias del señor Martín Reyes Cárdenas en aquel tiempo. Es verdad que el dinero que se puso a la vista de los circunstantes el día en que se firmó la escritura, era con el objeto de disimular mejor la ficción del contrato, pero no me consta que el tal dinero haya sido de propiedad de Mariano Parra Cadena. Mariano Parra Cadena tenía bienes suficientes y haberes para atender a sus gastos de todo género, y por consiguiente, no tenía necesidad de venderlos."

El segundo, Castañeda, expuso:

"Conocí de vista, trato y comunicación al extinto señor Mariano Parra Cadena, pero no tuve relaciones de íntima amistad con él."

Leída, la aprobó.

Al tercero expuso:

"Por el conocimiento que dejo expuesto, sí creo que la transición que el señor Mariano Parra Cadena hizo de todos sus bienes al señor Martín Reyes Cárdenas, obedeció al negocio fingido entre éstos, para desheredar a la madre del primero, quien se venía manejando mal con él, o sea con Parra Cadena, en esa época del año de mil novecientos uno, cuando éste estaba enfermo de gravedad."

Leída, la aprobó.

Al cuarto, contestó:

"Me consta, porque le oí decir al señor Mariano Parra Cadena que los bienes que éste poseía eran para sus hijos."

Leída, la aprobó.

Al quinto declaró:

"No me consta."

Al sexto declaró:

"No me consta sino lo siguiente, por haberlo visto y presenciado: que el señor Mariano Parra C. pidió consejo que a quién llamaba para dejarle sus bienes, que luégo debían pasar a sus hijos naturales, y yo le indiqué que a don Martín Reyes, a quien conocía entonces sólo de nombre."

Acerca de estas declaraciones, dijo el Tribunal:

"Si coincidieran en las circunstancias de tiempo y lugar, sería un indicio gravísimo el que comportan las declaraciones de Rafael Zerda Neira y Marco Tulio Castañeda, quienes aseveran que Mariano, en momentos en que estaba gravemente enfermo, buscaba una persona de su

confianza para hacer escritura de sus bienes, con el fin de que éstos pasaran a sus hijos naturales, y que no habiendo aceptado el encargo el primero de aquellos caballeros, ambos le indicaron para el objeto al señor Martín Reyes. No se explica en las exposiciones—continúa el Tribunal—si los testigos se hallaban a la vez con Mariano cuando éste les expresó sus deseos, y cuando le dieron el consejo de utilizar a Reyes, que si así fuese, el hecho indicio se encontraría plenamente comprobado. Sin embargo, cada una de ellas tiene el mérito de gran presunción respecto del hecho indirecto (artículo 606 del Código Judicial)."

A esto observa el recurrente que, aun dando por probado lo que el Tribunal llama indicio, es decir, el deseo de Parra de encontrar una persona de su confianza para otorgarle su escritura, para lo cual cada uno de estos testigos le aconsejó—dicen—a Reyes, aun suponiendo que concurrieran las circunstancias de tiempo, etc., a que el Tribunal se refiere, de ello no se puede inferir el acuerdo entre Parra y Reyes de efectuar el contrato simulado, pues que para ello era necesario que se estableciera que Reyes convino, pues bien pudiera suceder que el vendedor tuviera en general ese deseo, pero si el comprador no estaba conforme en eso sino en comprar para sí y dar por ella su dinero, como lo dio el comprador, el deseo del vendedor sería inocuo. Que esta apreciación del Tribunal, en relación con la confesión extrajudicial de Parra, es un error garrafal. Que la Corte ha declarado que "el hecho de que el vendedor de una finca raíz hubiese manifestado antes de la venta a algunas personas que deseaba hacer una escritura de confianza, y hubiese dicho a otras, después de otorgada la escritura, que la venta era simulada, tales testimonios no conducen necesariamente a la simulación. Que en el caso nunca apareció que Parra hubiera dicho a nadie, después de la escritura de venta, que ésta fuera simulada, sino al contrario, que dijo a sus antiguos arrendatarios, cuando se acercaban a pagarle, que pagaran a Martín Reyes, porque a él había vendido sus fincas. Que al aceptar el Tribunal como confesión extrajudicial, y podía ser hasta judicial la declaración de quien no es parte en el juicio, a más de desnaturalizar la confesión como prueba, se dejaría en manos de una de las partes la validez o invalidez del contrato, lo que es en extremo peligroso.

Entra en seguida el recurrente a analizar las declaraciones antes transcritas, y respecto de la de Zerda Neira dice que aunque el testigo expresa que el contrato en litis es simulado, no indica el testigo cómo le consta, pues que además, dice que le parece que en realidad se trataba de una escritura ficticia, lo que es un concepto apenas, y en forma dubitativa, ni el testigo expresa cómo le consta la intención que tuvo Parra de que se hiciera escritura a sus hijos naturales. Que, por consiguiente, esa declaración se encuentra en el caso del artículo 636 del Código Judicial que dejó de regir, según el cual en ningún caso hace fe el dicho de un testigo, si él no expresa clara y distintamente el medio como ha tenido conocimiento de los hechos que afirma, y si de esta expresión no resulta que el testigo declara de sus propias y directas percepciones. Y al tener en cuenta el Tribunal tal declaración, y decir que hace gran presunción, violó no solamente el artículo 606 del Código Judicial que dejó de regir, sino el 636 de la misma obra, el primero, por aplicación indebida, y el segundo, por no haberlo aplicado.

Respecto de la declaración de Marco Tulio Castañeda, arguye el recurrente, que si la del anterior testigo, que gozaba de la confianza de Parra, no hace fe, la de Castañeda mucho menos; pues empieza este testigo por decir que no tuvo relaciones de íntima amistad con el vendedor Parra, y sin embargo, expresa que cree que la tradición hecha por Mariano Parra de todos sus bienes a Martín Reyes, obedeció a un negocio simulado entre ellos, pero sin decir el testigo porqué fue simulado o fingido tal negocio, expresa que oyó decir a Parra que sus bienes eran para sus hijos naturales, es decir, para todos, mientras que Zerda expresa que el favorecido debía ser uno. Que aquel testigo no dice cuándo oyó eso a Parra, si fue antes o después de la escritura, lo que era circunstancia importante. Que el testigo dice que Parra le pidió consejo al declarante sobre la persona a quien debía dejarle sus bienes, y que el declarante, no obstante expresar que no conocía antes a Parra, sino de nombre, le aconsejó que hiciera la escritura a Martín Reyes, para que pasara los bienes a los hijos de Parra, sin saber, dice el recurrente, cuándo le pidió Parra ese consejo, lo que indica, o que el testigo no dijo la verdad o que es un individuo de poco concierto en sus ideas, y en tales circunstancias le caben a esa declaración los mismos reparos que los hechos respecto de la declaración del testigo Zerda, y al tenerla en cuenta el Tribunal como presunción, la apreció erróneamente, y con ello violó asímismo los artículos 636 y 607 del Código Judicial que dejó de regir.

Se considera:

Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta únicamente para apreciar estos testimonios como presunciones, el concepto que expresan de que es simulado el contrato en litis, podría tener razón el recurrente, porque no indican los testigos la razón de esa creencia. Pero el Tribunal no tuvo en cuenta tan sólo esa circunstancia, sino también que, tanto el testigo Zerda como Castañeda, declaran que ellos le aconsejaron a Parra le hiciera a Reyes la escritura de venta en confianza, y por consejo que Parra les pidió, naturalmente, antes de hacer tal escritura, porque no se concibe que el consejo hubiera sido pedido después de hecha tal escritura; y el testigo Zerda agrega que él no le aceptó la propuesta a Parra Cadena de que le aceptara la escritura, lo que demuestra que ambos testigos dan en esos puntos razón de su dicho, por haber intervenido ellos en los hechos de que dan fe, y, por lo mismo, no puede reconocerse que al tener el Tribunal cada una de esas declaraciones como presunciones, violara el artículo 636 del Código Judicial anterior por no haberlo aplicado; ni el artículo 607 de la misma obra, por indebida aplicación, porque siendo hábiles tales testigos, se cumplía lo que exige esta última disposición para ser estimadas como presunciones tales exposiciones.

Por otra parte, el Tribunal no toma las manifestaciones de Mariano Parra Cadena a los expresados testigos, de que deseaba hacer una escritura de confianza, como indicios necesarios y únicos de la simulación de que se trata, para que sí fuera el caso de la jurisprudencia sentada por la Corte, que cita el autor del recurso, sino como indicios graves, y con las demás pruebas que el sentenciador tuvo en cuenta. De otro lado, del hecho de no haber prueba directa de que Reyes aceptara el deseo de Parra, de que le aceptara la escritura de venta en confianza, no se sigue que por eso sean inadmisibles tales indicios, porque precisamente, por la prueba indirecta de los indicios se trata de llegar, de acuerdo con la ley, al resultado de la prueba directa que falta del hecho.

Por último, del texto mismo del aparte en que el Tribunal apreció esas dos declaraciones, no aparece que éste las tomara como prueba de confesión extrajudicial del vendedor Parra Cadena, para que de esa suerte se llegara a la conclusión de que el Tribunal había entendido que con la confesión de quien no es parte en el juicio se puede perjudicar a la parte demandada, como dice el recurrente. No es, pues, fundado este cargo.

Dijo el Tribunal en seguida:

"Encuéntranse todavía otros elementos de menos valía que los anteriores, pero no por eso menos conducentes a la demostración de que se trata: tales son las declaraciones de Ignacio Castelblanco y Jeremías Parra, la de Candelaria Arias, la de Buenaventura Moreno, que envuelve una sospecha bastante fundada; finalmente, la resistencia a declarar puesta por Belisario Neira, alegando que era primo hermano del demandado, vale como un testimonio nudo (sic) en favor del actor, particularmente si se le pone en relación con el papel que le asigna Gabriel Parra, cuando dice que dicho señor Neira sacó de los baúles de Mariano Parra el dinero destinado a representar la ficción de pago el día que se hizo la escritura. Tienen estas probanzas, concluye el sentenciador, el significado legal de presunciones unas y de conjeturas otras, según los artículos 588 y 606 del Código Judicial. Lo que va dicho, todo en relación con los hechos 1º, 2º, parte del 5º y 7º de la demanda."

Arguye el recurrente que en pocos renglones se contienen los mayores errores en la sentencia; pues que respecto de las declaraciones de Ignacio Castelblanco, Jeremías Parra y Buenaventura Moreno, ya el Tribunal las había apreciado, y aquí vuelve a darles fuerza de presunciones a unas y de conjeturas otras, yendo así contra el principio **non bis in idem**; que ya acusó la sentencia por error de derecho en la apreciación de tales declaraciones. Que la declaración de Gabriel Parra, el Tribunal ya la había desechado cuando dijo:

"La exposición más expresiva que se encuentra con respecto al propósito que perseguía Mariano Parra al hacer escritura de venta a Martín Reyes, es la de Gabriel Parra Cadena (folio 15, cuaderno F). Este testigo, así como Miguel Parra Cadena, fueron tachados en la segunda instancia por falta de imparcialidad, y aunque en el respectivo incidente no se reconoció la tacha, porque hasta entonces no existía prueba legal que acreditara el parentesco de aquellas personas con los llamados a aprovecharse de las consecuencias favorables de la demanda, es lo cierto que por las pruebas de estado civil que se han aducido con posterioridad, sí puede establecerse que tales testigos son hijos de Tránsito Cadena y hermanos de Mariano, de donde se sigue que, ya por el interés directo que puedan tener en el pleito, ya porque sus declaraciones lleguen a favorecer a un descendiente, o su dicho podría estar tocado de parcialidad (cuaderno número II), cosa que les hace recusables al decir del artículo 596 del Código Judicial."

Que respecto de la declaración de Candelaria Arias, el Tribunal, después de transcribir la parte considerativa del fallo de primera instancia del pleito ya fallado, el sentenciador dijo:

"Este testigo murió, por lo mismo no pudo obtenerse la ratificación de su dicho en este negocio, como lo exige el artículo 616 del Código Judicial. Tampoco se abonó su veracidad y fama, para llenar la formalidad requerida por el artículo 618 ibídem; pero no hay duda de que aquel testimonio fue rendido, y de que el Juez que lo recibió adquirió la convicción íntima de que la declarante decía la verdad. Aunque no sea rigurosamente legal esta prueba, habrá de estimársela con el criterio del artículo 553 del Código Judicial."

Arguye el recurrente que el Tribunal citó los artículos 616 y 618 del Código Judicial, para violarlos en seguida, al apreciar esta declaración, creyendo que su soberanía, limitada, según ha dicho la Corte, lo habilitaba y autorizaba para violar flagrantemente el texto de la ley; pues que el artículo 616 citado, establece que cuando en los juicios se presentan declaraciones de testigos levantadas ante otro Juez o para otro negocio, será preciso que en el término probatorio, y a petición del interesado, se ratifiquen con citación de la parte contraria, sin cuyo requisito no pueden ser estimadas como pruebas al dictar la sentencia. Que el artículo 618 del Código Judicial que dejó de regir, hablando de los requisitos que deben cumplirse para el abono de un testigo, cuando haya fallecido antes de la ratificación, concluye:

"Previo este abono, se tendrá la declaración como legalmente notificada; y la misma sentencia reconoce, y es la verdad que no se obtuvo el abono de esa declaración, luego no pudo tenerse como legalmente ratificada, y al tenerla como tál, el Tribunal violó directamente los artículos 616 y 618 del Código Judicial anterior, al dar a tal declaración de la Arias el valor de presunción o conjetura. Más: que al decir el Tribunal que con tal declaración se establecía una confesión extrajuicio de la simulación por parte de Mariano Parra, también hay error del Tribunal, porque la confesión, conforme al artículo 555 del Código Judicial anterior, es la manifestación que una de las partes hace de ser cierto lo que la otra asegura con relación a su acción o excepción deducidas en juicio, y confesión extrajudicial, la que se hace fuera de juicio; pero que el señor Parra Cadena no es parte en este juicio, sino quienes se pretenden herederos suyos, y cuyo carácter les desconoce el recurrente, caso en el cual esa confesión no perjudica al demandado; que la confesión que a éste perjudicaría, sería la que hubiera hecho en la contestación de la demanda o en cualquiera otro acto judicial, o la que hiciera fuera de juicio, en conversación, en carta misiva o de la manera que expresan los artículos 556 y 561 del Código Judicial ya derogado. Que, por consiguiente, al oponer el Tribunal esa confesión extrajudicial al demandado, violó las disposiciones acabadas de citar, lo mismo que el artículo 831 del mismo Código, al interpretar en contra del demandado Reyes una declaración ya juzgada, pesada y hallada sin fuerza suficiente, en otro juicio, lo que resulta de la misma exposición del Tribunal."

Respecto de las declaraciones no rendidas de Belisario Neira y Joaquín López, alega el recurrente que el Tribunal dijo, en orden a la primera, que valía "como testimonio **nudo**, queriendo decir de nudo hecho, en favor del actor, particularmente si se le pone en relación con el papel que le asigna Gabriel Parra, cuando dice que dicho señor sacó de los baúles de Mariano Parra el dinero destinado a representar la ficción de pago el día que se hizo la escritura."

De esta manera—continúa el autor del recurso—para darle valor a un testimonio no rendido, tuvo el sentenciador que valorizar una inhábil, por parcialidad, lo que es, dice, el colmo; y que en cuanto a declaración de **nudo** o de nudo hecho, se consideran así los testimonios reci-

bidos fuera de juicio, respecto de los cuales decía el artículo 616 del Código Judicial anterior, que para poder ser estimada como prueba, deben ratificarse, con citación de la parte contraria, a solicitud del interesado.

Por consiguiente—concluye el autor del recurso—si para que valga una declaración de nudo hecho es preciso que se ratifique, ningún valor puede tener una declaración no recibida, y si no se recibió la declaración de Joaquín López, favorable a Parra, debió interpretarse en contra de éste, como se interpretó la de Neira en contra de Reyes, y al admitirlas sin tales requisitos, violó el Tribunal flagrantemente los artículos 74 de la Ley 105 de 1890 y 616 del Código Judicial anterior.

Se considera:

Respecto de las declaraciones de Ignacio Castelblanco, Jeremías Parra y Buenaventura Moreno, es verdad que no había porqué darles valor probatorio distinto del que ya se les había dado por el sentenciador en otra parte del fallo, no tratándose de hecho distinto, que por lo menos no se indica; pero el cargo ya se desechó, en orden a las declaraciones de Moreno y Jeremías Parra, que el Tribunal tuvo como indicios para corroborar, con el dicho del testigo Mendoza Mendigaña, en la parte admisible de esta declaración, el indicio que resulta de la escritura misma del contrato. También se reconoció fundado el reparo hecho por el recurrente a la declaración de Ignacio Castelblanco.

En cuanto a la última apreciación que el sentenciador hace de la declaración de Gabriel Parra, observa la Corte que es la verdadera y correcta, y por lo mismo no violó con ella los artículos 616 y 618 del Código Judicial anterior, aunque antes la había desechado el sentenciador por falta de imparcialidad, porque no siendo parte en este juicio Mariano Parra ni Tránsito Cadena, ni hallándose el declarante Gabriel Parra bajo patria potestad cuando declaró, pues dice que es mayor de edad, pudo declarar en favor de los demandantes, porque no le cobijaba la tacha de parcialidad que en principio le encontró el sentenciador en su primera apreciación de esa declaración, de acuerdo con el artículo 599 del Código Judicial anterior, y además fue recibida en el término probatorio del juicio.

Por lo que hace al cargo de que el Tribunal dedujo indicio de la declaración de Belisario Neira, no es fundado, porque el sentenciador no saca indicio de la declaración no recibida de este testigo, sino del hecho de no haber declarado el testigo, ya que éste dijo que no lo hacía, por ser primo hermano del demandado, hecho que, comprobado, como aparece, dio fundamento al Tribunal para deducir de ahí un indicio, porque dada la resistencia del testigo a declarar, hay que suponer, en virtud de los lazos de parentesco que lo ligaban con Martín Reyes, que era adversa a dicha parte tal declaración. Con esa apreciación no violó, pues, el Tribunal, los artículos 616 y 618 del Código Judicial derogado, porque no dedujo el indicio de declaración de nudo hecho.

En orden a los reparos consistentes en que el Tribunal estimó la declaración de Candelaria Arias como prueba de confesión extrajudicial del vendedor Parra Cadena, con lo cual violara el artículo 561 del Código Judicial anterior, como también los artículos 616 y 618 del mismo Código, tomando en cuenta dicha declaración como prueba, no obstante no haber sido ratificada ni abonada, observa la Corte que son infundados, porque el Tribunal no dice que con esa declaración se probara confesión extrajudicial del vendedor Parra, sino que se trató de establecer con ella esa clase de confesión, lo que es distinto, y porque el Tribunal, respecto de la declaración de Candelaria, expresó lo siguiente:

"Esta testigo murió (folio 42, cuaderno F), y, por lo mismo, no pudo obtenerse la ratificación de su dicho en este negocio como lo exige el artículo 616 del Código Judicial. Tampoco se abonó su veracidad y fama para llenar la formalidad requerida por el artículo 618 ibídem, pero no hay duda de que tal testimonio fue rendido, y de que el Juez que lo recibió, adquirió la convicción íntima de que la declarante decía la verdad. Aunque no sea rigurosamente legal esta prueba, habrá que estimarla con el criterio del artículo 553 del Código Judicial."

Según la transcripción anterior, el Tribunal dice que no es estrictamente legal esa declaración como prueba, precisamente por faltarle los requisitos de los artículos que el recurrente considera violados, luego mal puede hacerse por eso cargo al fallo, y que incurriera el sentenciador en error de derecho en ese punto. Pero sí incurrió en tal error al darle valor a esa declaración según su conciencia, con apoyo en el artículo 553 del Código Judicial anterior, porque desde el momento en que la ley ha dicho que una declaración que no ha sido ratificada, ni abonada, por haber muerto el testigo, no puede estimarse como prueba en los juicios en que hay término probatorio, el sentenciador no puede darle otra estimación. Mas tal error no da lugar a casar el fallo, porque no es esa la única prueba que sustente el fallo, y porque el error es de carácter secundario.

Por último, el recurrente considera violados por el Tribunal los artículos 1757, 1759, 1765 del Código Civil, y 542, 543, 681 y 708 del Código Judicial derogado por falta de aplicación o interpretación y aplicación erróneas.

Dice el autor del recurso que el Tribunal confiesa que el indicio aceptado en pro de la simulación, consistente en seguir el vendedor en la posesión de la cosa vendida después del contrato, no se cumple aquí; luego, arguye el recurrente, lo natural y lógico era que abonara esa situación al demandado, y, sin embargo, el Tribunal deroga la doctrina sentada por la Corte al respecto, cuando sigue diciendo: "empero, de esto no se sigue nada en pro de la efectividad de la compraventa, porque si se para la atención en el interés que tenía Parra de hacer pública y notoria su actitud (interés que no se pretendió probar ni aparece probado, dice el recurrente), puesto que la eficacia de la ficción era parte integrante de su proyecto, más bien aquella aparatosa medida de permitir inmediatamente la posesión de todos sus bienes al comprador, despierta juicios adversos a la sinceridad del contrato, "y para reforzar esta ilógica conclusión, anota el recurrente, aduce parte de la cláusula contractual, que dice 'autoriza a Reyes para que disponga de los bienes vendidos de la manera que a bien tenga, como dueño exclusivo que es de ellos.'"

Agrega el recurrente que el Tribunal falta aquí a una regla elemental en la interpretación de los contratos, consistente en no dividir una cláusula, desnaturalizándola, para luégo censurar la parte que se considera débil, o sea la última parte de la cláusula que completa, dice:

"Tercero. Que desde ahora y para siempre hace formal entrega de estos bienes—habla Parra— con todas sus anexidades, usos y costumbres al comprador, y lo autoriza para que disponga de ellos de la manera que a bien tenga, como dueño exclusivo que de ellos es."

Dice el recurrente que esta cláusula es de uso frecuen-

te en los contratos y aun en los remates, sin que se pueda objetar que nada se probó sobre esto, porque se argüiría que es punto nuevo en el juicio. Critica también el recurrente el concepto del Tribunal en que dice que habiéndose tomado tánto empeño en probar la entrega de los mil quince pesos ($ 1,015) del valor del contrato, se hubiera guardado una reserva absoluta de la manera como Parra hubiera recibido y empleado el resto y mayor parte del precio, con lo cual, arguye el autor del recurso, se trata de arrojar sobre el comprador la carga de la prueba contra los principios, pues el demandante afirmó el no pago del precio, sosteniendo la pobreza del comprador, en tanto que éste tiene a su favor la terminante confesión del vendedor en la escritura de compraventa, y por lo mismo, no le correspondía probar en contra, como lo establecen las disposiciones citadas en el cargo.

Se considera:

Este cargo es infundado, porque desde el momento en que el Tribunal analizó las pruebas presentadas por la parte demandante, consistente en los varios indicios, conjeturas y otros elementos del proceso, fue porque consideró que a dicha parte correspondía la carga de la prueba para desvirtuar esa presunción; no es injurídico, ni por lo mismo contrario a los principios sobre pruebas, el que observara que el demandado no contradijera la prueba aducida por la parte demandante.

En el memorial en que se interpuso el recurso de casación, firmado por el demandado Reyes, se hizo a la sentencia, con apoyo en la causal primera, el cargo de haber dado el Tribunal el valor de plena prueba a indicios, siendo así que la prueba de indicios no es plena.

A esto observa la Corte que, si bien es cierto que el indicio aislado es prueba incompleta, el conjunto de indicios hace plena prueba, según el artículo 591 del Código Judicial anterior, y esta es la conclusión a que llegó el sentenciador. El cargo no es, pues, fundado.

Por las anteriores consideraciones, la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha tres de mayo de mil novecientos treinta, proferida por el Tribunal Superior de Tunja en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en el órgano de la Corte y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Juan Quintero denunció como baldío un lote de terreno en Puerto Berrío, pero a esa adjudicación se opuso la Sociedad Agrícola y de Inmigración, por lo cual el expediente pasó al respectivo Juez, quien falló así:

"No se hacen las declaraciones pedidas por los señores doctor Isaías Cuartas y D. Félix de Villa, en las demandas de fechas veintidós y veintitrés de noviembre de mil novecientos veintisiete.

"En consecuencia, se absuelve al señor Juan Quintero de los cargos de aquéllas.

"No se hace condena en costas."

Contra este proveído se interpuso recurso de apelación, y el Tribunal de Medellín lo confirmó en todas sus partes.

La Sociedad opositora recurrió en casación, recurso que se admite y estudia.

Uno de los fundamentos del Tribunal es éste:

"I. No hay prueba en este juicio de que se hubiese registrado en algún Juzgado de Medellín el extracto de la escritura otorgada en mil ochocientos noventa y nueve, sobre reconstitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, dentro de los quince días siguientes al otorgamiento de esa escritura, ni de que se hubiese hecho la publicación respectiva en un periódico del Departamento.

"Por esto no es posible reconocer la personería jurídica de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, en nombre de la cual demandó el doctor Isaías Cuartas, y que, según la escritura que éste cita, y que fue presentada en el término probatorio, se constituyó en mil ochocientos noventa y nueve, varios años después de haber expirado el tiempo durante el cual se constituyó la primitiva Sociedad.

"Y si bien no hay prueba en contrario, la jurisprudencia del país ha considerado que toca al actor probar la existencia de la Sociedad en cuyo nombre obra; porque el cumplimiento de esas formalidades se relaciona con la existencia misma de la personalidad jurídica (artículos 465, 470, Código de Comercio, y 2º de la Ley 42 de 1898).

"II. Respecto de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituída en mil ochocientos setenta y ocho, se estipuló en la cláusula 19 (folio 12, cuaderno de pruebas), que esa Sociedad duraría diez años, o sea hasta mil ochocientos ochenta y ocho; y aunque el señor Félix de Villa se refiere en el hecho I de la demanda a esa Sociedad, considerándola en estado de liquidación, se observa que no puede reconocérsele al señor De Villa personería para demandar en nombre de esa Sociedad, porque no ha probado que sea heredero del señor Francisco de Villa, o que represente en alguna forma derechos en esa Sociedad en liquidación.

"En efecto: los socios fundadores fueron los señores Francisco J. Cisneros, Francisco de Villa y Jorge Bravo, Presidente, Vicepresidente y Secretario de la Sociedad, según resulta de alguna de sus cartas. El señor Cisneros traspasó sus derechos en esa Sociedad al Departamento de Antioquia (folios 37 y 37 vuelto del cuaderno de pruebas), el diez y ocho de agosto de mil ochocientos ochenta y cinco; el señor Bravo cedió los suyos al señor De Villa (folios 14 y 15 del mismo cuaderno); y no hay prueba de que el señor De Villa hubiese muerto, ni de que el señor Félix de Villa sea su heredero; ni puede considerarse probado por esto y por falta de registro, el testamento presentado por medio del cual el señor De Villa hubiese traspasado sus derechos en la Sociedad Agrícola y de Inmigración, con cláusula modal o condicional, al señor Ernesto de Villa, quien le confirió poder al señor Félix de Villa para demandar."

Estos fundamentos se acusan por varios extremos, como pasa a verse.

Se dice que el sentenciador incidió en error de hecho y de derecho al considerar que los testamentos de don Francisco de Villa no estaban registrados, puesto que al folio 18 del cuaderno principal, hay una copia expedida

por el Notario 4º del Circuito de Medellín, en que aparece que esos testamentos fueron registrados en el Libro de causas mortuorias.

En vista de esta pieza, que forma los folios 17 y 18 de ese cuaderno, es de colegir que lo que el Tribunal echa menos es la nota de registro de la protocolización; mas sea de ello lo que fuere, y aun dando por probado con esa copia, tal como vino a los autos, el registro del testamento, ese error no infirmaría el fallo, porque ese testamento, registrado y todo, no contiene, en lo atañedero a la presente causa, sino una asignación de parte de sus bienes que el testador hace al señor Ernesto de Villa, modalmente. El modo consiste en atender a pleitos como el en que aquí se está; y una cosa es imponer esta carga al asignatario, y otra, muy distinta, conferirle poder y habilitarlo para que por sí mismo lo desempeñe.

Se sostiene que el sentenciador incurrió en error de derecho al sostener que un testamento no puede servir de poder, aunque contenga cláusula modal, ya que el mandato a juicio de los recurrentes puede conferirse por testamento. Para fundamentar su argumentación, citan el artículo 2042, que se refiere al arrendamiento de predios rústicos. Quizás quisieron citar el 2142, que define el mandato.

Se observa:

No dice el Tribunal en ninguna parte de su fallo que el mandato no pueda conferirse por testamento; dice que al señor Villa no puede roconocérsele personería para demandar, por no ser heredero de Francisco de Villa, ni representar derechos en la Sociedad demandante.

El mandato termina con la muerte del mandante (Código Civil, artículo 2189, numeral 5º). El albaceazgo, por más que en mucho participe del mandato, es cosa distinta en ley. Además, el señor Ernesto Villa no es albacea, sino asignatario modal. Se observa esto, porque los recurrentes arguyen que don Félix ha obrado como sustituto de don Ernesto en el mandato que le atribuyen.

Además, es bueno advertir que si el encargo, que es objeto del mandato, puede hacerse hasta verbalmente, el mandato judicial, para comparecer ante las autoridades de la República, tiene que conferirse con las formalidades establecidas para los poderes, y ese poder no lo ha exhibido el señor De Villa, demandante. Recuérdese que el Código Judicial vigente, al presentarse la demanda, establecía en su artículo 354, que el poder termina por la muerte del poderdante, salvo que esté contestada la demanda, que no es el caso.

Se dicen quebrantados los artículos 469, 470, 472, 479 del Código de Comercio y 15 de la Ley 95 de 1890, por cuanto el sentenciador aplicó indebidamente esas disposiciones, una vez que desconoció la existencia jurídica de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, ya que esas disposiciones lo que regulan son las relaciones de los socios entre sí y con terceros, cuando la Sociedad no ha cumplido con esos requisitos, máxime si se tiene en cuenta que esos vicios quedaron saneados por un lapso mayor de treinta años.

Se observa:

La falta de las formalidades que anota el sentenciador al constituirse la Sociedad demandante, entraña como consecuencia que esa Sociedad no puede considerarse como persona jurídica, sino como una simple sociedad de hecho (artículo 472 del Código de Comercio).

Ahora, lo que sanea el tracto de treinta años, son los vicios de que pudieran adolecer los contratos celebrados con terceros por esa sociedad de hecho y las obligaciones contraídas por los socios entre sí; pero el tiempo no puede convertir en persona jurídica una sociedad de hecho, que faltó en su constitución a las exigencias de la ley, para la creación de esa personería jurídica.

La Sociedad existe como sociedad de hecho, no de derecho, y en aquel carácter no ha demandado.

Si el sentenciador hubiera aplicado los artículos citados para desconocer el valor de los actos celebrados con terceros, o para desconocer las obligaciones de los socios entre sí, a pesar de haber transcurrido treinta años, entonces sí se podría decir que se habían quebrantado esas disposiciones, por haberlas aplicado indebidamente.

Párese la atención en que la Compañía no comparece en juicio para hacer valer derechos emanados de pactos celebrados con terceros, sino que pretende demandar con el carácter jurídico de sociedad constituída conforme a derecho, y este es su punto de partida.

Lo tocante a personería y a saneamiento de los vicios por el transcurso de treinta años, en relación con los mismos artículos del Código de Comercio aquí citados, y con el 15 de la Ley 95 de 1890, son puntos estudiados ya por esta Sala y decididos como en la presente sentencia, según se ve en la que pronunció el tres de agosto de este año, en el juicio ordinario seguido entre Leonidas Arango & Compañía y la misma Sociedad Agrícola y de Inmigración, que ha figurado en esta causa

Por último, se acusa el fallo porque consideró que Félix de Villa demandó en calidad de heredero de Francisco de Villa, sin traer la comprobación de que fuera su heredero.

Puede aceptarse el reparo, pero es lo cierto que si demandó como apoderado, no ha comprobado ese carácter, ya que el mandato judicial tiene sus medios típicos de conferirse y probarse, y ya se ha visto que ellos no aparecen en autos.

No prosperando las acusaciones a la sentencia respecto de la personería jurídica de la Sociedad demandante, es innecesario estudiar los otros capítulos de casación.

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, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—El Conjuez, **Ricardo Hinestrosa Daza—Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juez del Circuito de Remedios, la Compagnie Mines de Colombie instauró juicio ordinario de reivindicación contra Angel Mejía J., para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que la Compagnie Mines de Colombie es dueña de sesenta fanegadas, es decir, cuarenta y ocho hectá-

reas, de los terrenos situados en el paraje **El Aporreado**, situados en el Municipio de Remedios, que lindan:

"Desde la confluencia de la quebrada **Doña Teresa** y **El Aporreado**, siguiendo **Doña Teresa** arriba, hasta el paraje de **La Chamba**; siguiendo por ella y la cordillera que divide las aguas de **Doña Teresa** y **El Aporreado**, hasta llegar frente al rastrojo de **Rua**, tomando la falda abajo y atravesando la quebrada de **El Aporreado**, y subiendo la falda hasta la cordillera que divide las aguas que vierten a la mina de **Santiago** y quebrada **El Aporreado**, se mandaron medir, y resultó haber en ellas una extensión de sesenta fanegadas."

2ª Que la citada Compagnie Mines de Colombie es dueña del lote de terreno que actualmente ocupa el señor Angel Mejía J., por estar dentro de los linderos descritos en el número precedente, y que él delimita así:

"Por un costado, y por la parte de abajo, con propiedad de Juan B. Mejía; por el otro costado, con terrenos cuyos legítimos poseedores se ignoran, y por la parte de arriba, hasta el punto denominado la **Mata de Guadua**, con terrenos de la mina antes citada (la mina de **El Aporreado**)."

"3ª Que el demandado que es el actual poseedor del lote de terreno descrito en el número anterior, pero no el dueño de él, está en la obligación de restituírlo a la Compañía demandante en el plazo fijado por la ley o por el Juez, de acuerdo con ella, comprendiéndose en la restitución todas las cosas que forman parte de ese inmueble, lo mismo que los frutos naturales y civiles, y no sólo los percibidos sino los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo dicho terreno en su poder, o el valor de tales frutos, en la forma prescrita por la ley.

4ª Costas.

El demandado se opuso a la acción. Con fecha treinta de agosto de mil novecientos veintinueve, el Juez falló, haciendo todas las declaraciones pedidas en la demanda. Por apelación del demandado, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos treinta y uno, revocó la de primera instancia, y declara justificada la excepción de petición de modo indebido.

Contra esta sentencia, el apoderado de la Compañía demandante interpuso recurso de casación por memorial fechado el dos de junio de mil novecientos treinta y uno. Antes de conocer el recurso, el Tribunal ordenó el avalúo de la acción. Los peritos la avaluaron en la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2,500), y el Tribunal concedió el recurso interpuesto por auto de dos de mayo del presente año.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, las disposiciones de dicha Ley se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principió a regir; pero los recursos interpuestos se rigen por la ley aplicable, al tiempo en que se interpusieron.

De consiguiente, este recurso se sustrae al imperio de la nueva ley judicial, por haber sido interpuesto antes de entrar ella en vigencia.

El recurso fue interpuesto el dos de junio de mil novecientos treinta y uno, y para esa fecha estaba vigente la Ley 11 de dicho año, artículo 1º, según el cual, "la cuantía para que puedan tener recurso de casación los juicios ordinarios, o que se conviertan en ordinarios, será de tres mil pesos."

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 90 de 1920, la Sala, en decisión especial, fallará declarando inadmisible el recurso, si faltare alguno de los requisitos exigidos por la ley.

En numerosas decisiones, la Corte ha sentado la siguiente doctrina:

"Si bien es cierto que la cuantía de la acción se refiere o debe referirse al que ella tenga en la fecha de la demanda, ello no quiere decir que la ley aplicable sea la que regía en esta fecha para la admisión del recurso de casación. Esta cuantía es la que fije la ley vigente al tiempo de interponerse el presente recurso, cuyo monto se fija en la fecha de la demanda." **(Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 986). Pueden verse, además, los números 968, 978, 983, 984, 985, 987 del mismo tomo III.

Así, pues, como este recurso fue interpuesto bajo la vigencia de la Ley 11 de 1931, no es admisible, porque el valor de la acción al tiempo de la demanda no alcanza a la suma de tres mil pesos.

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

No es admisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha diez y seis de mayo de mil novecientos treinta y uno.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

En tiempo oportuno, el apoderado de Mines de Colombie pidió revocación del auto de fecha cuatro de octubre del presente año, por el cual la Corte declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos treinta y uno.

Se funda esta petición en que, según el inciso 2º del artículo 529, Ley 105 de 1931, "la Corte no puede declarar inadmisible el recurso por la razón de la cuantía de la demanda."

Se alega que, habiendo el Tribunal concedido el recurso por auto de dos de mayo de mil novecientos treinta y dos, estando ya en vigencia el nuevo Código Judicial, el punto de la cuantía no podía llevarse en ningún caso ante la Corte, y, por consiguiente, la parte recurrente "adquirió definitivamente un derecho a la admisión del recurso de casación por ella interpuesto."

Como se dijo en el auto reclamado, "de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, las disposiciones de dicha Ley se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principió a regir; pero los recursos interpuestos se rigen por la ley aplicable al tiempo en que se interpusieron."

El citado artículo 1228 es claro en su letra y en su espíritu; habla de recursos interpuestos y no de recursos concedidos. En el caso de autos, la Compagnie Mines de Colombie interpuso el recurso de casación por memorial de dos de junio de mil novecientos treinta y uno, es de-

cir, antes de haber entrado en vigencia el nuevo Código Judicial, y, de consiguiente, está sujeto a la antigua ley. Siendo esto así, el precepto del inciso segundo, artículo 529, de la Ley 105 de 1931, que prohibe a la Corte declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía, no tiene aplicación en este caso.

De conformidad con la ley vigente al tiempo de interponerse este recurso, la Corte podía declararlo inadmisible si faltaba alguno de los requisitos siguientes: cuando tratándose de sentencias definitivas pronunciadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores, no hubiese sido interpuesto en tiempo por persona hábil, o cuando la cuantía de la acción no alcanzara a la determinada por la ley.

La ley aplicable a este recurso exigía una cuantía de $ 3,000, y la acción fue avaluada por los peritos en $ 2,500. Faltando, pues, uno de los requisitos dichos, puede la Corte revisar el auto del Tribunal que concedió el recurso, ya que, como se ha visto, en este negocio no tiene aplicación el inciso 2º del artículo 529 del nuevo Código Judicial.

Pero alega el recurrente que no existe jurisprudencia de la Corte en contra de las razones fundamentales de su petición, "y que, por tanto, para establecerla sería preciso la reunión de ambas Salas, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 11 de 1931, me permito agregar la razón de que no existe una certeza absoluta de que la acción valga menos de los tres mil pesos, ya que los peritos, a base de un memorial presentado el veintiséis de junio de mil novecientos treinta y uno, por la parte recurrente, dieron un dictamen sobre el valor de las hectáreas de terreno materia de la acción, pero dejaron de dictaminar sobre otra parte de la demanda, cuyo valor es también apreciable, como es el referente a frutos, a contar de la posesión del demandado y de acuerdo con el contenido de la petición 3ª de la demanda."

Con apoyo en los anteriores razonamientos, el recurrente solicita, "con carácter absolutamente subsidiario, que al menos de acuerdo con la Ley 90 de 1920, que se ha tratado de aplicar al asunto, se devuelva éste al Tribunal, con el fin de que se haga un avalúo no deficiente de la acción, teniendo en cuenta, desde luégo, la cuestión de frutos."

Se considera:

Apoyada en la autoridad de la Comisión Preparadora del Código—citada por el recurrente en su memorial—observa la Corte que el artículo 1228 de la nueva Ley Judicial "declara exactamente la misma doctrina del 40 de la Ley 153 de 1887, pero empleando una terminología más jurídica." Interpretando este último artículo, ha sentado la Corte la siguiente doctrina, respaldada en numerosos fallos y que conviene mantener:

"La ley aplicable para saber si es o nó admisible un recurso de casación por razón de la cuantía del negocio, es la vigente al tiempo de interponerse el recurso, no la que regía cuando se inició el pleito; y si durante la sustanciación del recurso una nueva ley aumenta la cuantía, ésta no tiene influencia en dicho negocio. En otros términos, la nueva ley rige para todos los negocios en que no se ha interpuesto todavía el recurso, y no afecta a los ya interpuestos." **(Jurisprudencia de la Corte,** tomo III, número 2321).

Por lo que hace a la petición subsidiaria, se observa que ni la Ley 90 de 1920, ni el nuevo Código Judicial, autorizan a la Corte para ordenar un nuevo avalúo de la acción. El artículo 7º de la citada Ley preceptúa que "cuando se procediere a conceder o negar el recurso sin el avalúo pericial de que trata el artículo 4º, cualquiera de las partes podrá pedir que se practique esa diligencia, y si llegare a la Corte un proceso en que se hubiere prescindido del avalúo de la acción, en el caso que prevé el artículo citado, serán devueltos los autos para que el inferior cumpla con lo dispuesto en tal artículo."

Pero no es este el caso que se estudia. No obstante que en el libelo de demanda el actor dice que "estima la acción en más de trescientos pesos y en menos de mil," el Tribunal, antes de resolver sobre el recurso interpuesto, ordenó el avalúo de la acción, en auto de diez y seis de junio de mil novecientos treinta y uno. Dos de los peritos la avaluaron en dos mil quinientos pesos y el otro en cuatrocientos pesos. Puestos los dictámenes en conocimiento de las partes, el demandado los tachó, y el apoderado del actor, o sea la misma parte recurrente, se opuso a la solicitud de tacha. La Corte no tiene facultad legal para resolver lo pedido, ordenando un nuevo avalúo, cuando éste fue hecho ya en tiempo oportuno ante el Tribunal sentenciador y se ajusta en un todo a la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a las peticiones hechas en memorial de diez de octubre del presente año, por el apoderado de la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen, como está ordenado.

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Al juicio ejecutivo que adelantaba en el Juzgado 4º del Circuito de Bogotá Alfonso Touchet contra la señora Ana Rosa Pinzón de Pacheco y Ernesto Vargas Pinzón, fue acumulado el que en el Juzgado 7º del mismo Circuito seguía Alejandro Duarte contra el expresado Vargas Pinzón.

Considerado este último como tercería coadyuvante, fueron fallados los juicios acumulados, en lo tocante a la graduación de créditos, así:

"Decláranse probados los créditos del ejecutante Alfonso Touchet y del tercerista Alejandro Duarte. Con el producto de los bienes embargados y de los que en lo sucesivo se embarguen, se pagarán los créditos, así:

"1º Las costas judiciales causadas en interés general de los acreedores.

"2º El crédito del señor Alfonso Touchet, con sus intereses y costas particulares; y

"3º El crédito del tercerista señor Alejandro Duarte, con sus intereses y costas particulares.

"Por la Secretaría hágase la liquidación correspondiente."

El Tribunal Superior de Bogotá revocó esta providencia, en lo que atañe a la tercería, y en su lugar resolvió:

"Primero. Decláranse probadas estas excepciones perentorias, propuestas por el ejecutado Vargas Pinzón al cobro del tercerista Alejandro Duarte:

"a) La de ser condicional el contrato de donde se hace derivar la obligación cuyo cumplimiento se demanda en parte, y no haberse cumplido la condición.

"b) La de nulidad de la hipoteca, que consta en la escritura pública número 1287, pasada el veintiocho de julio de mil novecientos veinticuatro ante el Notario 3º de esta ciudad, en cuanto garantiza la parte de la obligación personal, cuyo cumplimiento se pide en este juicio de tercería.

"Segundo. Consecuencialmente se niega la demanda con que Alejandro Duarte inició la ejecución contra Ernesto Vargas Pinzón, que después vino a convertirse en esta tercería, quedando, por tanto, absueltos los demandados en este juicio de tercería.

"Tercero. Por lo mismo, no hay lugar a resolver sobre el beneficio del retracto invocado por el ejecutado respecto del tercerista.

"Cuarto. No se condena en las costas de la primera instancia al tercerista, ni en las de segunda al ejecutado."

Contra este último fallo, el personero del tercerista interpuso recurso de casación, que procede a estudiarse, una vez que se ha declarado admisible.

Alega el recurrente las causales primera y segunda.

El Tribunal, como se ha visto, declaró probadas dos excepciones contra la demanda del señor Alejandro Duarte.

El autor del recurso dice que hay incongruencia en el fallo, porque el demandado no opuso en la oportunidad debida, que es la determinada por el artículo 482 del Código Judicial, esas defensas, ya que fueron aducidas en el alegato de segunda instancia, lo que hace casable la sentencia por la causal segunda, una vez que el sentenciador falló sobre puntos o cuestiones que no fueron traídos al debate en tiempo oportuno, y que no podían, en consecuencia, ser materia de la decisión.

Considera la Corte que, conforme al artículo 51 de la Ley 105 de 1890, cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia, y fallar el pleito, en consecuencia, con la excepción reconocida, y sólo hace la salvedad de la excepción de prescripción, que debe siempre alegarse.

La cita de este artículo es suficiente para responder a la acusación; pero el autor del recurso arguye que el Tribunal no podía hacer uso de la facultad que reconoce al juzgador la disposición citada, al menos en lo referente a la excepción, consistente en ser condicional el contrato de donde se hace derivar la obligación, cuyo cumplimiento se demanda en parte, y no haberse cumplido la condición, porque el incumplimiento de la obligación no surge de los solos elementos probatorios del proceso. Si el Tribunal lo declaró así, fue en virtud de lo alegado por Vargas Pinzón, y porque estimó que, dada esa alegación, la contraparte debió haber establecido lo contrario de lo que en ella se afirma.

A esto observa la Corte que el Tribunal se fundó para declarar la excepción en el título que sirvió de base a la tercería, el cual reza una obligación condicional. En la sentencia se hizo un análisis de ese título. Allí se lee:

"Ni con la demanda ejecutiva, ni en ningún otro estado del juicio, el tercerista ha presentado la prueba que acredite por su parte el cumplimiento de la condición. De consiguiente, es de rigurosa aplicación el artículo 1542 del Código Civil, que dice:

'No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente.'

"Es así que la condición cuyo cumplimiento era necesario por parte de Alejandro Duarte, para que surgiera la obligación, está por cumplir, o al menos no aparece la prueba de haberse cumplido, luego la obligación no es aún exigible, y, por lo mismo, está comprobada la excepción de ser condicional la obligación que se persigue en la tercería y no haberse cumplido la condición."

El reconocimiento de la excepción no dependía, pues, como sostiene el recurrente, de la alegación del ejecutado, sino de la naturaleza del título que sirvió de fundamento a la tercería, y bien pudo el Tribunal, como lo hizo, fundándose en los términos de este título, declarar que la obligación no era aún exigible, por no aparecer demostrado que se hubiere cumplido la condición.

Con relación a la causal primera, acusa el recurrente la sentencia por error de hecho evidente y error de derecho en la apreciación de la escritura número 1287, de veintiocho de julio de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, y el memorial de excepciones presentado al Tribunal por Ernesto Vargas Pinzón el tres de junio de mil novecientos veintinueve, y por consiguiente violación, por aplicación indebida, del artículo 1542 del Código Civil.

Expone en seguida los fundamentos de su acusación, en estos términos:

"1º Que el cargo de incumplimiento que hace a Duarte Vargas Pinzón, no es total sino parcial: 'no ha cumplido con todo esto,' son sus palabras.

"2º Que al limitar el cargo al solo hecho de no haber entregado los semovientes, concretó y circunscribió la discusión del debate a ese hecho únicamente.

"3º Y que, en consecuencia, por aceptación implícita, pero muy clara del excepcionante, lo demás que resulte y pueda resultar de la parte transcrita de la escritura citada, quedó fuera del debate. Porque si se afirma que Duarte no cumplió **todo** lo que reza la escritura, y se explica el aserto, diciendo que porque no entregó los semovientes, lógicamente tiene que concluírse que el excepcionante acepta todo lo expresado en la escritura, con la sola y única excepción de la entrega de los semovientes de que él habla, fue cumplido por Duarte.

"Pero resulta que Alejandro Duarte no contrajo esta obligación o compromiso que Vargas Pinzón le reclama ahora, porque según el pasaje de la escritura, transcrito por éste en su memorial de excepciones, los compromisos de aquél se redujeron a estas dos cosas: poner la nota de cesión en el documento de que se habla allí, y a pedir 'el desembargo y entrega de los bienes embargados en la ejecución citada al principio.'

"Por esto pude decir, como dije en mi alegato al Tribunal, aunque infructuosamente, porque el sentenciador lo pasó por alto, lo que copio en seguida:

'Duarte no se obligó a entregar semovientes de ninguna clase; se obligó solamente a **pedir**, como ejecutante en el juicio de que habla la escritura, 'el desembargo y entrega de los bienes embargados.'

"Y hay harta diferencia entre obligarse a **pedir** una entrega y obligarse a **hacerla**. Luego el incumplimiento alegado, en la forma en que lo ha sido, no existe. Ni ha podido ni puede existir jamás, sencillamente porque la obligación que se dice incumplida no se ha contraído. Por sustracción de materia, cae por su base la alegación.

Por lo demás, es inexacto que los bienes objeto del embargo, de que habla la escritura, estuviesen en poder de Duarte, pues estaban depositados en el juicio donde se embargaron, y el hecho de que uno de ellos, la finca de **Caicedo**, esté depositada en el presente juicio, sin oposición ni contradicción de nadie, prueba que sí fueron entregados todos a Vargas. En poder de este señor fue hallada la finca cuando se depositó aquí. Tampoco se demostró que entre los bienes embargados en la ejecución, a que alude la escritura, hubiera semovientes."

Considera la Corte que, como atrás se dijo, el sentenciador, al estudiar el título presentado por Duarte como base de su demanda, halló que era condicional la obligación contraída por Vargas:

"Comparadas las dos cláusulas transcritas de la escritura que sirve de base a la tercería—dice el Tribunal—no cabe duda que ella acredita un contrato condicional, consistente la obligación, para el señor Ernesto Vargas Pinzón, en pagar la cantidad de cuatro mil quinientos pesos ($ 4,500), siempre y cuando qûe su acreedor Alejandro Duarte cumpliera con la de cederle el crédito contenido en el documento privado que se consideró como causa de la deuda, poniéndole al mismo tiempo la correspondiente nota de cesión a favor del mismo Vargas Pinzón, y comprometiéndose, además, a pedir el desembargo de los bienes que estaban trabados en la ejecución que se adelantaba por virtud de la obligación contenida en aquel documento, sin todo lo cual, se dijo en aquella escritura, no tendrá ningún valor ni efecto."

Luego, concluye el sentenciador, que como no se ha comprobado el cumplimiento de la condición, la obligación no es aún exigible, porque, conforme al artículo 1542 del Código Civil, no puede hacerse efectiva la obligación condicional, sino una vez verificada totalmente la condición.

El recurrente cree hallar la prueba del cumplimiento de la condición en el memorial de excepciones presentado por Vargas Pinzón, quien luégo de transcribir la cláusula en que constan las obligaciones de Duarte, sin el cumplimiento de las cuales no tendría efecto la escritura, agrega que Duarte no ha cumplido con todo esto, pues estando en su poder la hacienda con los semovientes, no sólo no entregó éstos, sino que se puso en incapacidad de entregarlos, porque los vendió. El recurrente estima que con esta agregación limitó Vargas sus pretensiones a la falta de entrega de los semovientes embargados, y que convino en que las demás obligaciones de Duarte estaban cumplidas, por lo cual alega, como se ha visto, que incurrió el Tribunal en error de hecho evidente en la interpretación del escrito en referencia; pero aunque es cierto que no es suficientemente explícito el memorial de Vargas, no por ello puede sostenerse que él contenga de una manera inequívoca, sin lugar a duda, la aquiescencia que el recurrente cree ver en él, y que hubiera, por tanto, un error de hecho evidente, manifiesto, en el Tribunal, al no haber interpretado a la manera del recurrente el memorial de excepciones del demandado.

Aunque bastaba el reconocimiento de la excepción que acaba de analizarse para sostener la sentencia de absolución del demandado respecto de los cargos de la demanda de tercería, el Tribunal declaró también probada la nulidad de la hipoteca de la finca de **Caicedo**, constituída por Vargas Pinzón para garantizar el crédito del tercerista.

Se basó el Tribunal en que la escritura número 492, de nueve de abril de mil novecientos veintitrés, que es el título que acredita el dominio de Ernesto Vargas Pinzón sobre la hacienda de **Caicedo**, contra la cual se adelanta la ejecución, consta que el vendedor Francisco L. Corredor sólo vende a Vargas Pinzón derechos litigiosos sobre dicha hacienda, y por lo mismo él no pudo hipotecarla, ya que la hipoteca no puede recaer sino sobre bienes raíces que se poseen en propiedad o usufructo, o sobre naves, conforme al artículo 2443 del Código Civil.

La escritura número 492, sigue diciendo el Tribunal, establece evidentemente un estado de hecho, consistente en que Ernesto Vargas Pinzón sólo era dueño de derechos litigiosos sobre la finca de **Caicedo**. Este estado de hecho ha debido ser modificado por el ejecutante tercerista en el curso del presente juicio, demostrando que posteriormente a esta escritura adquirió el dominio pleno el ejecutante Vargas Pinzón sobre la finca de **Caicedo**, o que el pleito en que él tenía derechos litigiosos fue fallado a su favor; pero como tal demostración no se ha hecho, el estado actual del expediente solamente demuestra que Vargas Pinzón es dueño sólo de derechos litigiosos sobre la finca de **Caicedo**, y que, por lo mismo, la hipoteca, constituída sobre la finca y no sobre los derechos, que era lo único que tenía el ejecutado, carece de valor.

Alega el recurrente que el Tribunal dio a la escritura número 492 un alcance probatorio, que no puede tener jamás; pues ella no demuestra que el derecho a que alude estuviese pendiente quince meses después, cuando se constituyó la hipoteca, que es lo que Vargas tenía que establecer con pruebas pertinentes, y en cambio dejó de apreciar la prueba resultante de las declaraciones y confesiones que Vargas Pinzón hizo en el instrumento número 1287, cuando dijo que lo hipotecado era la finca de **Caicedo**, de su propiedad, y cuando agregó que tal finca en esa fecha estaba libre de pleitos, y al obrar así, el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de esas dos escrituras.

Añade el autor del recurso que la escritura de hipoteca fue registrada en la Oficina del Círculo de Registro de La Mesa, once días después de otorgada, lo que demuestra que estaba libre de demandas civiles la finca hipotecada, si se atiende a lo preceptuado en los artículos 42 y 43 de la Ley 57 de 1887; y como el Tribunal dejó de apreciar la nota correspondiente de registro, incurrió con ello en error evidente de derecho y en la violación de la Ley 57 citada; dejó de apreciar también el sentenciador, concluye el recurrente, el certificado del Registrador de La Mesa, que se halla a los folios 203 a 206 del cuaderno principal, certificado que fue expedido el primero de abril de mil novecientos veinticinco, y en que se afirma que sobre el fundo de **Caicedo** no existen pleitos civiles.

Como consecuencia de los errores en que incurrió el Tribunal en la estimación de las pruebas atrás mencionadas, dice el autor del recurso, que en el fallo fue quebrantado, por aplicación indebida, el artículo 2443 del Código Civil, pues partiendo de la base falsa de que lo hipotecado por Vargas Pinzón, no fue el bien raíz llamado **Caicedo**, sino derechos litigiosos vinculados en ese inmueble, consideró que era de aplicación tal artículo, y al efecto, lo aplicó con notoria impertinencia, para sustentar el pronunciamiento de la nulidad del gravamen.

Estima también el recurrente que habiendo presentado el tercerista la escritura en que consta la hipoteca constituída a su favor por el demandado, quien afirma en tal instrumento que la finca está libre de pleitos, co-

rrespondía a éste, que opuso después la excepción de nulidad de la hipoteca, demostrar la excepción, conforme lo dispone el artículo 1757 del Código Civil, el cual fue violado en la sentencia, pues que el Tribunal afirmó que era al tercerista a quien correspondía desvirtuar el estado de hecho creado por la escritura 492, en que consta que lo comprado por Vargas Pinzón eran tan sólo derechos litigiosos sobre la finca de **Caicedo.**

Considérase:

El señor Vargas Pinzón, por escritura pública número 1287, de veintiocho de julio de mil novecientos veinticuatro, hipotecó a favor del señor Alejandro Duarte la finca de **Caicedo,** ubicada en el Municipio de Tena. Allí expresó el deudor que la finca mencionada era de su propiedad, y que se hallaba libre de pleitos, embargos, etc. Esa escritura fue registrada sin tropiezo alguno en el Libro número 2º y en el de Anotación de hipotecas.

Establecida por Duarte la demanda de tercería coadyuvante a que sirvió de base la escritura anterior, el demandado Vargas Pinzón opuso como defensa la nulidad de la hipoteca, por no ser dueño de la finca de **Caicedo,** que como tál hipotecó, sino de derechos litigiosos sobre dicha hacienda, y para demostrarlo, presentó la escritura número 492, de nueve de abril de mil novecientos veintitrés, en donde aparece que sólo compró al señor Francisco L. Corredor derechos litigiosos sobre **Caicedo,** por tener el vendedor una demanda civil ordinaria, promovida por Roberto Lee S. contra el otorgante.

El Tribunal declara probada la excepción de nulidad de la hipoteca, basándose en esta última escritura, que a su juicio demuestra que lo hipotecado por Vargas Pinzón fue una finca ajena, ya que el ejecutante tercerista, en el curso del presente juicio, no ha modificado el estado de hecho que comprueba la escritura demostrando que posteriormente a esta escritura tuvo lugar la adquisición del dominio pleno del ejecutado Vargas Pinzón sobre la finca de **Caicedo,** o que el pleito en que tenía derechos litigiosos fue fallado a su favor.

Pero con ello incurre el Tribunal en error evidente de hecho en la apreciación de las dos escrituras; porque en la escritura posterior, la otorgada a favor de Duarte, Vargas hipotecó como suya la finca de **Caicedo,** y dice que está libre de pleitos, y por esto, indudablemente, se registró.

Esta prueba no puede ser infirmada por la escritura anterior a la expresada, en quince meses, en que aparece que Vargas sólo compró derechos litigiosos, a menos que éste, en su calidad de excepcionante, hubiera comprobado, con las correspondientes certificaciones, que a la fecha en que constituyó la hipoteca sobre la finca de Caicedo, que dijo ser de su propiedad, y estar libre de pleitos, no tenía sino los derechos litigiosos de que trata la escritura que le sirvió para demostrar la excepción. Era al excepcionante Vargas Pinzón a quien correspondía, de acuerdo con el artículo 1757 del Código Civil, demostrar la excepción y desvirtuar las estipulaciones de la escritura que otorgó a favor de Duarte; pero como el Tribunal echa la carga de la prueba al demandante, viola así el expresado artículo 1757 del Código Civil, tanto más cuanto que en la certificación del Registrador del *Círculo de Registro* de La Mesa, de diez de abril de mil novecientos veintiséis, aparece que la finca de **Caicedo** está libre de demandas civiles.

Debe, pues, casarse la sentencia en cuanto declara probada la excepción de nulidad de la hipoteca que consta en la escritura pública número 1287, otorgada el veinticuatro de julio de mil novecientos veinticuatro, ante el Notario 3º de Bogotá.

En lo demás, queda vigente el fallo del Tribunal, inclusive la absolución de los demandados en el juicio de tercería; pues, como se deja dicho, la primera excepción sirve para fundar el fallo absolutorio.

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 parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, pronunciada el diez y ocho de julio de mil novecientos treinta y uno, en cuanto declara probada la excepción de nulidad de la hipoteca, que consta en la escritura pública número 1287, pasada el veintiocho de julio de mil novecientos veinticuatro, ante el Notario 3º de esta ciudad, en cuanto garantiza la parte de la obligación personal cuyo cumplimiento se pide en este juicio de tercería; reforma la sentencia de primera instancia, y falla así en su lugar, reproduciendo la sentencia del Tribunal en la parte vigente, con la modificación que impone el punto infirmado por la Sala:

"Primero. Declárase probada la siguiente excepción perentoria, opuesta por el demandado Vargas Pinzón, al cobro del tercerista Alejandro Duarte; la de ser condicional el contrato de donde se hace derivar la obligación cuyo cumplimiento se demanda en parte, y no haberse cumplido la condición.

b) No está probada la excepción de nulidad de la hipoteca, opuesta por el mismo Vargas Pinzón.

"Segundo. Consecuencialmente, se niega la demanda con que Alejandro Duarte inició la ejecución contra Ernesto Vargas Pinzón, que después vino a convertirse en esta tercería, quedando, por tanto, absueltos los demandados en este juicio de tercería.

"Tercero. Por lo mismo, no hay lugar a resolver sobre el beneficio de retracto, invocado por el ejecutado respecto del tercerista.

"Cuarto. No se condena en las costas de la primera instancia, ni en las de segunda, al ejecutado."

Sin costas en el recurso.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Agusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, Manuel del Castillo instauró juicio ordinario contra Cristina Montejo de Gutiérrez, para que se condenara a ésta a pagarle la suma de cincuenta mil pesos, por infracción de un contrato de arrendamiento de la hacienda **La Laguna.** En subisidio pidió que se condenara a la demandada a pagarle los perjuicios estimados por peritos en el juicio.

Los hechos en que se apoya la demanda, son:

1º Liborio Maldonado C., apoderado general de la señora Cristina Montejo de Gutiérrez, procediendo en nombre de ésta, arrendó al actor la hacienda de **La Laguna,** ubicada en jurisdicción del Municipio de Fontibón, demarcada por estos linderos: por el Norte y el Noroeste, en parte, con el camellón que da entrada a las ha-

ciendas de **La Laguna** y **San Francisco**, y en parte, con terrenos de los herederos de Pedro González, con terrenos de los herederos de Nicolás González, con terrenos de José Martínez y con terrenos de herederos de Braulio Martín; por el Oriente, con terrenos de los Osorios, de Juan Martínez y de la sucesión de Daniel Salgado, conocidos con el nombre de **San Pedro**; por el Sur, con terrenos de la hacienda de **El Tintal**, río Fucha de por medio, con la hacienda de **San Francisco**; río Bogotá de por medio, y con parte de la hacienda de **Las Pesqueras**, río Bogotá, también de por medio, y por el Occidente, con terrenos de **Say**, de propiedad de Cristina M. de Gutiérrez, y con terrenos de Flavio Escobar.

2º El contrato de arrendamiento principió el primero de febrero de mil novecientos veintitrés, y debía terminar el primero de febrero de mil novecientos treinta y uno.

3º Por escritura número 128, otorgada el veintiséis de enero de mil novecientos veintiséis, ante el Notario 3º de Bogotá, el señor Liborio Maldonado Calvo, procediendo como apoderado general de la señora Cristina Montejo de Gutiérrez, vendió a Jorge Otero de Francisco la hacienda de **La Laguna**.

4º Cristina Montejo de Gutiérrez le confirió poder general a Liborio Maldonado C., por escritura número 940 bis, ante el Cónsul General de Colombia en París, en quince de octubre de mil novecientos veinte, con facultades expresas para vender, hipotecar y administrar todos los bienes muebles e inmuebles de la poderdante, así como para representarla en cualquier parte de la República de Colombia en cualquier pleito en que la señora Montejo de Gutiérrez tuviera que comparecer como demandante o como demandada.

5º Liborio Maldonado C., además del poder antes dicho, fue autorizado por la señora Montejo de Gutiérrez, expresamente, para vender el inmueble arrendado de **La Laguna**, por despacho telegráfico dirigido de París el veinticinco de noviembre de mil novecientos veinticinco.

6º El veintisiete de enero de mil novecientos veintiséis, Liborio Maldonado C. dirigió una carta al actor, en que le comunica que, siguiendo instrucciones de la señora Cristina Montejo de Gutiérrez, había vendido la hacienda de **La Laguna** a Jorge Otero de Francisco, y anunciándole que ya había entregado el referido inmueble al comprador, y se había verificado la tradición legal del dominio.

7º Jorge Otero de Francisco, a su turno, dirigió una carta al demandante con fecha primero de febrero de mil novecientos veintiséis, en que le avisa que ha adquirido el dominio, la posesión y la tenencia de la hacienda de **La Laguna**, por haberla comprado a la señora Cristina Montejo de Gutiérrez, que hizo transferencia de una parte de la hacienda al doctor Nemesio Camacho, quien procedería a la ocupación de toda la finca, por haber arreglado con él el arrendamiento de la parte de la hacienda que se había reservado.

8º El cinco de febrero de mil novecientos veintiséis, estando el actor en la hacienda de **La Laguna**, a las diez u once de la mañana, observó que varias personas se detenían en las puertas de los potreros del lote occidental de **La Laguna**, y al dirigirse a esos lugares, se le informó que el doctor Nemesio Camacho había colocado cadenas y candados en las puertas de los potreros referidos, y habiendo llegado a aquellos sitios, en tal momento, el señor Rafael Malo Barriga, Alcalde de Fontibón, en su presencia le ordenó el actor a su Mayordomo que quitara las cadenas y rompiera los candados que el doctor Camacho había colocado en las puertas de los potreros que hacían parte de la hacienda de **La Laguna** que tenía en arrendamiento y cuando el Mayordomo se aprestó a cumplir aquella orden el doctor Nemesio Camacho se opuso a su cumplimiento, y el señor Alcalde lo impidió también.

9º Por causa de la privación intempestiva de la tenencia de la hacienda de **La Laguna**, el demandante se ha visto forzado a vender gran parte de sus semovientes a precios ínfimos, a entregar a sus dueños doscientas ochenta reses que les tenía a pastaje en **La Laguna**, y a tomar con precipitación potreros a precios muy altos para colocar allí los animales que han sido expelidos por los nuevos dueños de **La Laguna**.

10. No obstante el excesivo verano, la hacienda de **La Laguna** tiene en la actualidad la mayor parte de sus potreros pastados, y en capacidad de apacentar por largo tiempo, más de quinientas reses.

11. El arrendamiento de la hacienda de **La Laguna** produjo en los tres años anteriores una utilidad anual de siete mil pesos, más o menos.

El demandado, aceptando algunos de estos hechos, aclarando y negando otros, contestó la demanda así:

"Desconozco y niego el derecho del demandante para intentar esta acción, ya porque no es cierto el cargo en que la funda, cuanto porque el señor Del Castillo jamás cumplió con sus deberes de arrendatario en la forma debida; violó las obligaciones que le impuso el contrato de arredamiento, y causó con ello serios perjuicios a la arrendadora.

"Niego la causa o razón con que se intenta la demanda, porque si bien es cierto que la hacienda de **La Laguna** le fue arrendada al demandante, no lo fue por el término de ocho años, que dice, ni él fue privado de la hacienda 'por acto deliberado, imputable a la demandada,' pues como he dicho, ella no ha ejecutado despojo alguno, aunque sí tenía motivos legales poderosos para desconocer el contrato de arrendamiento; por otra parte, al verificarse la venta de la hacienda, todo se hizo de acuerdo y con conocimiento del señor Del Castillo, para seguirse entendiendo con el comprador, sobre la terminación del arrendamiento 'en un término prudencial,' en todo lo cual intervino y convino el comprador."

El demandado propuso, además, contra el actor, demanda de reconvención, para que se le condenara a pagarle "la cantidad que se fije en la sentencia, mediante el avalúo pericial, como valor de los perjuicios que el demandante ocasionó a mi mandante, por haber dejado de cumplir el contrato de arrendamiento de la hacienda de **La Laguna**, celebrado entre él y yo, el día veinticinco de enero de mil novecientos veintitrés, conforme al documento presentado por el mismo contrademandado en su demanda, y por haber causado daños o desmejora en la finca, a causa del abandono con que la manejó el arrendatario."

La contrademanda se funda en estos hechos:

"1º El señor Manuel del Castillo me tomó en arrendamiento la hacienda de **La Laguna**, de propiedad de la señora Cristina Montejo viuda de Gutiérrez, de quien soy apoderado, hacienda que está ubicada en el Municipio de Fontibón.

"2º El señor Manuel del Castillo se obligó en ese contrato a mantener en buen estado los camellones y medianías, siendo de su cargo los perjuicios que pudieran resultar al dueño de la finca por el descuido en esa parte.

"3º Esa obligación no la cumplió el demandado, sino que, al contrario, abandonó las cercas, los vallados y la finca en general, de modo que ésta se desmejoró, de un modo tan notable, que su valor disminuyó en cantidad de mucha consideración.

"4º Además, el arrendatario no cumplió nunca con la obligación de pagar puntualmente el canon estipulado, que fue de $ 275-23 moneda corriente por cada mensualidad, conforme a la cláusula segunda del contrato, sino que, al contrario, siempre demoró esos pagos por meses enteros, alegando que se le dificultaba cumplir, porque perdía en el negocio.

"5º Cuando se hizo el negocio convine con el señor arrendatario, en nombre de mi poderdante, en destinar el valor de los diez primeros meses para que él mismo hiciera a la finca todas las reparaciones y mejoras que necesitaba, para llegar a su mejor estado de producción y mantenimiento.

"6º La cuenta me la pasó el señor Del Castillo sin pormenores del caso, por una cantidad mayor de la convenida, pues excedía en cien pesos, los cuales le pagué en un cheque, en virtud de yo haber aceptado tal cuenta.

"7º El valor de las reparaciones y mejoras convenidas, de que habla en los dos puntos anteriores, ascendió a poco menos de tres mil pesos, y fue convenido que se le daba ese destino, a fin de que el arrendatario no tuviera pretexto ninguno para demorar el arrendamiento, para pedir rebajas, y sobre todo para dejar de mantener la finca en perfecto estado.

"8º No se consiguió ese objeto, porque el señor arrendatario descuidó las medianías, hasta el punto de quedar casi destruídas; descuidó los camellones, dejó la finca en abandono, esto es, sin consagrarle el esmero que un buen propietario tiene para manejar sus fincas, y, finalmente, tampoco se consiguió el pago puntual de la renta.

"9º Cuando vendí la finca por orden de la propietaria de ella, el señor Del Castillo estaba debiendo varios meses de arrendamientos.

"10. Todas las infracciones mencionadas han ocasionado a mi poderdante perjuicios de mucha consideración."

Manuel del Castillo se opuso a que se hicieran las declaracicnes pedidas en la demanda de reconvención, y propuso la excepción de petición de un modo indebido, que apoyó "en que la contrademandante ha debido establecer su demanda antes de vender el inmueble, si estimaba que el arrendatario no estaba cumpliendo con el contrato, y al pedir hoy lo que solicita, después de haber terminado de hecho el contrato por culpa de la arrendadora, la petición es extemporánea."

El diez y siete de abril de mil novecientos veintinueve, el Juez sentenció así:

"Condena a la señora Cristina Montejo de Gutiérrez a pagar al señor Manuel del Castillo, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de veinte mil doce pesos treinta y nueve centavos ($ 20,012-39), suma en que se estiman los perjuicios causados por la demandada al demandante, por la infracción del contrato de arrendamiento que consta en el documento privado, otorgado en esta ciudad el día veinticinco de enero de mil novecientos veintitrés.

"Absuelve al señor Manuel del Castillo de los cargos formulados contra él en la demanda de reconvención, propuesta por la señora Cristina Montejo viuda de Gutierrez.

"No se hacen condenaciones en costas."

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de veinte de agosto de mil novecientos treinta, reformó la de primera instancia así:

"1º Condénase a la señora Cristina Montejo de Gutiérrez a pagar al señor Manuel del Castillo, los perjuicios, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, que la primera le ocasionó al segundo, por haberle hecho perder el goce de la parte occidental de la hacienda de **La Laguna**, durante el tiempo comprendido entre el cinco de febrero de mil novecientos veintiséis al treinta y uno de enero de mil novecientos veintisiete, fecha esta última en que expiraba legalmente el contrato de arrendamiento de dicha hacienda, celebrado entre la citada señora, como arrendadora, y Del Castillo, como arrendatario. La cuantía de estos perjuicios se determinará en juicio sumario separado (artículo 11, numeral 31, Ley 39 de 1921), en el cual ya no se discutirá la obligación de pagarlos, sino la cuantía de ellos. En este segundo juicio se debe tener en cuenta lo siguiente:

"a) Que la hacienda de **La Laguna** es la comprendida por los linderos relacionados en el documento de arrendamiento, base del presente juicio; y que la parte occidental, cuyo goce perdió Del Castillo, comprende ciento cincuenta y una y media fanegadas de la finca.

"b) Que la referida parte occidental estaba suficientemente pastada.

"c) Que en el momento de perder la tenencia Del Castillo, mantenía en los potreros doscientas treinta y ocho reses, dadas a pastaje, por las cuales le pagaban así: ciento dos cabezas, a razón de dos pesos ($ 2) mensuales, y el resto a razón de dos pesos cincuenta centavos ($ 2-50) mensuales.

"d) El número de animales que en la parte occidental de **La Laguna** pudieran mantenerse regularmente.

"e) Que en la apreciación de los perjuicios deben regir los precios y todas las demás condiciones económicas o de otra índole que primaran en la región durante el año de mil novecientos veintiséis y enero de mil novecientos veintisiete, así como las especiales de la hacienda de **La Laguna** en el mismo tiempo.

"2º Queda a salvo el derecho del señor Del Castillo para cobrar los perjuicios provenientes de la expiración del contrato de arrendamiento, en cuanto se refieren al lote oriental de la hacienda de **La Laguna**.

"3º Condénase al señor Manuel del Castillo a pagar a la señora Cristina Montejo de Gutiérrez la cantidad de ochenta y tres pesos ochenta y tres centavos ($ 83-83), valor de los intereses de demora, al uno y medio por ciento mensual, de los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de mayo, agosto y septiembre del año de mil novecientos veinticinco.

"4º Se absuelve a don Manuel del Castillo de los demás cargos de la demanda de reconvención.

"5º Declárase no probada la excepción de petición de un modo indebido, propuesta por el apoderado de Manuel del Castillo en la contestación a la contrademanda.

"6º Se absuelve de las costas del juicio tanto a don Manuel del Castillo como a la señora Cristina Montejo de Gutiérrez."

Contra esta sentencia, las partes interpusieron casa-

ción. Los recursos son admisibles. Procede la Corte a estudiar la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, alegada en primer término por el actor recurrente, quien acusa la sentencia del Tribunal por violación de los artículos 1602, 1603, 1613, 1616, 1982 y 2019 del Código Civil.

Expresa el recurrente:

"Dice el Tribunal, a fojas 32 de la sentencia acusada:

'Concretando más la cuestión, tenemos lo siguiente: como el actor limitó expresamente la acción de perjuicios a los ocasionados con el despojo, habiéndose efectuado éste únicamente en relación con una parte de la hacienda, la occidental de la finca, según consta en la diligencia del Alcalde de Fontibón y en otras pruebas, síguese que la indemnización de daños abarca exclusivamente los sufridos por Del Castillo en virtud de la privación de la tenencia de esa parte o lote occidental. Los demás perjuicios no están demandados, y no se demandaron sencillamente porque cuando el actor instauró la demanda, once días después de lanzado del lote occidental, todavía ocupaba el lote o parte oriental, el cual vino a entregar en los primeros días de marzo, con posterioridad de varios días al en que se le notificó la demanda al apoderado de la demandada, y se le corrió el consiguiente traslado legal del libelo; y aún conservaba en el lote oriental las setenta y dos vacas, algunas con cría; los cuatro bueyes, los dos toros, los cuarenta terneros, las treinta bestias y los demás animales que Del Castillo se vio obligado a vender precipitadamente, según declaración de testigos, como don José Calvo y otros, con motivo de que don Jorge Otero de Francisco le reclamaba la entrega inmediata del lote oriental. En una palabra: la totalidad de los daños inferidos a don Manuel del Castillo por la arrendadora, a causa de la venta de la finca y la ocupación de ella por los adquirentes, no habían tenido, al promover la demanda del actor, plena consumación. Por lo cual, los daños no consumados, aun cuando se consumaron pocos días después, son ajenos al debate, porque ni el demandante los incluyó en la demanda, ni por consiguiente fueron materia de la **litis contestatio**. Son hechos ocurridos **inter moras litis**, inadmisibles para sustentar el fallo. La adquisición del derecho respecto de esos hechos sobrevino en el curso del juicio, y ello impide considerarlos en la sentencia definitiva, que no puede juzgar sino los derechos nacidos antes de la presentación de la demanda, siempre que se aleguen y se prueben. En resumen, el actor, al precipitarse voluntaria o involuntariamente a proponer la demanda, dejó por fuera muchos de los perjuicios a cuya indemnización hubiera tenido derecho, de conformidad con el artículo 2019 del Código Civil, perjuicios respecto de los cuales la acción quedará viva después de este fallo, en virtud de basarse sobre hechos extraños a la presente litis.'

"En la parte transcrita—agrega el recurrente—de la sentencia del Tribunal, incurrió en error de hecho, al sostener que en la demanda se limitó expresamente la acción de perjuicios a los ocasionados con el despojo cometido por el doctor Nemesio Camacho, ayudado por el Alcalde de Fontibón, respecto de la parte occidental de la hacienda de **La Laguna**, puesto que si se lee con detenimiento la demanda, se llegará a la conclusión de que lo solicitado hace referencia al despojo de toda la hacienda, según aparece de la parte pertinente que en seguida me permito copiar:

'..... para que en sentencia definitiva, y previa la tramitación de un juicio ordinario de mayor cuantía, se condene a la demandada a pagarme la suma de cincuenta mil pesos ($ 50,000) moneda corriente, en que estimo los perjuicios que me ha causado la demandada por la infracción del contrato de arrendamiento de la hacienda de **La Laguna**, ubicada en jurisdicción del Municipio de Fontibón, infracción consistente en haberme despojado de la tenencia del inmueble cinco años antes de expirar el término que señala el contrato de arrendamiento respectivo.'

Por esta transcripción se ve que el señor Del Castillo, en la parte petitoria de la demanda, se refirió al despojo de toda la hacienda, y no únicamente al lote occidental de **La Laguna**. Al señalar la causa o razón para incoar la demanda, repitió el libelista la misma afirmación general, de que antes de expirar el término del arrendamiento, por acto deliberado e imputable a la demandada, que se le había privado de la tenencia de la finca arrendada."

Se considera:

Según el artículo 2019 del Código Civil, "extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella le hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta, será obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho, no está obligada a respetar el arriendo."

El arrendamiento de la finca **La Laguna** terminó al registrarse la escritura de venta, en armonía con lo dispuesto por el ordinal 2º del artículo 2020 ibídem, puesto que el contrato no constaba en escritura pública sino en documento privado, puesto que el comprador no se obligó a respetar el arriendo.

El caso del pleito es el que contempla el citado artículo 2019. El arrendatario de **La Laguna**, una vez vendida la finca y registrada la escritura respectiva, adquirió perfecto derecho para que se le indemnicen los perjuicios causados por la arrendadora, por haberle puesto fin al arriendo antes de la expiración del término estipulado. El derecho de exigir perjuicios nació con la extemporánea terminación del arrendamiento; de modo que es inaceptable, desde todo punto, la conclusión a que llega el Tribunal, consistente en condenar a la parte demandada a pagar parte de los perjuicios, y en dejar a salvo el derecho del demandante para cobrar en juicio separado los perjuicios restantes.

El demandante, además, funda su acción en la venta de toda la finca, y pide se condene a la demandada al pago de los perjuicios consiguientes.

Por lo que atañe al pago de los perjuicios concernientes a la prórroga del arrendamiento, la Corte acoge los conceptos emitidos por el Tribunal en los siguientes pasajes:

"Como cuestión previa, precisa saber el tiempo al cual deben corresponder, en presencia de la cláusula de opción contenida en el contrato. La cláusula es del siguiente tenor:

'El plazo de cuatro años, tiene derecho Manuel del Castillo a que se le prorrogue por un período igual, y el arrendador se obliga a prorrogarlo, siempre que por par-

te del arrendatario se hubieren cumplido las obligaciones que contrae a favor de Cristina Montejo de Gutiérrez, por medio de este documento. En cuanto al precio que se haya de pagar por arrendamiento en ese nuevo período, deberá ser fijado de común acuerdo entre los contratantes, y en caso de no avenirse en él, se conviene desde ahora en que será fijado por dos peritos, designados uno por el dueño de la finca y otro por el arrendatario, quienes elegirán un tercero en discordia.

"De consiguiente, el cumplimiento estricto de las obligaciones del arrendatario le confería derecho para obtener la prórroga del contrato por cuatro años. Importa, pues, aclarar si cuando la demandada vendió la finca, Del Casitllo era acreedor a esta prórroga, porque en estas circunstancias la indemnización de perjuicios abarcaría el daño emergente y el lucro cesante, proveniente de la pérdida de la opción. En caso contrario, los daños resarcibles son únicamente los producidos en el tiempo que faltaba para el vencimiento del contrato, o sea cerca de un año, de la fecha del despojo, cinco de febrero de mil novecientos veintiséis a treinta y uno de enero de mil novecientos veintisiete.

"En el anterior capítulo dejóse dicho que de las acusaciones de la demandada contra Del Castillo, prospera la relativa a la falta de pago oportuno de tres mensualidades de arrendamiento. Esto quiere decir que Del Castillo dejó de cumplir, en parte, las obligaciones derivadas del pacto, omisión sancionada por la pérdida de la opción. Luego en la fijación del daño hay que prescindir de los correspondientes a la prórroga.

"Según estipulación del contrato de arrendamiento, el arrendatario debería pagar el arrendamiento por mensualidades vencidas, incurriendo en la obligación de reconocer y pagar intereses al uno y medio por ciento mensual, en caso de demora en el pago. Como con relación al canon de los tres meses citados, el señor Del Castillo dejó de pagarlos en el curso del mes siguiente, incurrió en la obligación de abonar intereses, siendo ésta, en concepto de la Sala, la única obligación que el arrendatario tiene pendiente por razón del contrato, y a la cual habrá de deducirse en la parte resolutiva. Los intereses del mes de mayo valen treinta y siete pesos cincuenta y ocho centavos ($ 37-58); los de agosto valen veinticinco pesos diez y nueve centavos, y los de septiembre valen veintiún pesos seis centavos ($ 21-06). Estos intereses se han computado hasta el tres de febrero, inclusive, porque el cuatro se hizo el pago de los respectivos cánones."

En resolución, el Tribunal incurrió en un error manifiesto, al estimar que el demandante limitó los perjucios a la extinción del arrendamiento de la parte occidental de **La Laguna**, error que lo indujo a violar el artículo 2019 del Código Civil, y por ello la Corte infirmará la sentencia recurrida, con el fin de reformarla en instancia.

La Corte halla fundada la objeción que hace la sentencia de primera instancia al dictamen pericial, en los siguientes pasajes:

"Los dictámenes de los peritos de la mayoría fueron ya balanceados, tanto por el Tribunal como por este Juzgado, y aunque es a la hora presente cuando se debe apreciar su valor en definitiva, el Juzgado no encuentra objeciones que hacerles, y debe aceptarlos de conformidad con el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, con una sola modificación, es a saber: los perjuicios en estos casos están representados por lo que perdió el agraciado y por lo que dejó de ganar, es decir, por las utilidades líquidas, descontados los gastos de administración y pago de cánones de arrendamiento, cosa que no hicieron los peritos de la mayoría, y sí lo hizo acertadamente el señor Gaviria. Con la indemnización de perjuicios quiere el legislador que las cosas queden como si no hubiera ocurrido el hecho que ocasionó el perjuicio, equilibrio que sólo puede conseguirse con una compensación en dinero. Ahora bien: don Manuel del Castillo había obtenido durante el término del contrato, en firme, las utilidades que dicen los peritos, por virtud de la explotación del negocio de lechería y de la utilización del pasto existente en la finca, durante los meses que faltaban para la terminación del contrato, deducido el valor de los cánones de arrendamiento, o sea la suma de tres mil doscientos cuarenta y siete pesos sesenta y un centavos ($ 3,247-61), equivalente a once meses y veinticuatro días, suma en la cual se han despreciado las pequeñas fracciones de centavo, y deducidos también los gastos de administración, que se estiman en cuatrocientos pesos ($ 400).

"Haciendo la deducción de estas cantidades, de la estimación total de los peritos de la mayoría, nos da veinte mil doce pesos treinta y nueve centavos ($ 20,012-39), que es la suma en que el Juzgado estima el monto total de la indemnización."

Como atrás se demostró, el demandante carece de derecho para cobrar perjuicios por la opción a prorrogar el arrendamiento por cuatro años más; de modo que de los veinte mil doce pesos con treinta y nueve centavos se descuentan nueve mil seiscientos pesos, cantidad fijada por los peritos como perjuicios correspondientes a la extinción de la prórroga del arrendamiento.

La sentencia de segunda instancia, por lo demás, está ajustada a la ley.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha veinte de agosto de mil novecientos treinta, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar decide:

1º Condénase a la señora Cristina Montejo de Gutiérrez a pagar al señor Manuel del Castillo, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de diez mil cuatrocientos doce pesos treinta y nueve centavos ($ 10,412-39) moneda corriente, cantidad en que se estiman los perjuicios causados por la demandada al demandante por la infracción del contrato de arrendamiento, que consta en el documento privado otorgado en esta ciudad el día veinticinco de enero de mil novecientos veintitrés.

2º Condénase al señor Manuel del Castillo a pagar a la señora Cristina Montejo de Gutiérrez la cantidad de ochenta y tres pesos ochenta y tres centavos ($ 83-83), valor de los intereses de demora, al uno y medio por ciento mensual, de los cánones de arrendamiento, correspondientes a los meses de mayo, agosto y septiembre del año de mil novecientos veinticinco.

3º Absuélvese al señor Manuel del Castillo de los demás cargos de la demanda de reconvención.

4º Declárase no probada la excepción de petición de un modo indebido, propuesta por el apoderado de Manuel del Castillo en la contestación a la contrademanda.

5º Sin costas en las instancias ni en el recurso.

6º En los términos expresados quedan reformadas las sentencias de primera y segunda instancia.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

En providencia de diez y seis de noviembre de mil novecientos veintiocho, el señor Juez 2º del Circuito de Vélez declaró abierto el juicio de sucesión de Antonio Luengas.

El partidor nombrado practicó la correspondiente diligencia de partición, y el Juez ordenó correrla en traslado a los interesados, por el término común de doce días.

Ninguno de ellos la objetó, y en sentencia de doce de marzo de mil novecientos treinta y uno, aquel funcionario le impartió su aprobación.

El apoderado de la cónyuge y de dos herederos, interpuso recurso de apelación.

El Tribunal Superior de San Gil, en sentencia de veintisiete de agosto del mismo año, confirmó la del Juez.

El heredero Pablo Emilio Luengas, por conducto de apoderado, introdujo recurso de casación, que el Tribunal le otorgó y la Corte admitió, mediante auto de veintitrés de mayo del corriente año.

Ante la Corte, un nuevo apoderado fundó el recurso, y alegó la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por infracción directa de los artículos 1394, regla 7ª, y 1411 del Código Civil; pues si la partición quebranta estos artículos, los quebranta asimismo la sentencia que la aprueba.

En este sentido diserta el señor recurrente; pero la Corte no puede entrar en el estudio a fondo de la demanda de casación.

Con arreglo a sostenida jurisprudencia de esta corporación, si los interesados no objetaban la partición durante el traslado que se les confería, según el artículo 1283 del Código Judicial vigente, cuando se efectuó la de los bienes de la sucesión del señor Luengas, se entendía que le daban su consentimiento, y el Juez tenía que aprobarla, de conformidad con el artículo 1286.

En tal caso no podían acudir al recurso de casación para formular unas objeciones que en tiempo propicio no adujeron, porque ello constituía un medio nuevo, o sea sobre puntos no debatidos en las instancias.

"Para el efecto de interponer útilmente el recurso de casación, es necesario que la parte que quiere hacerlo valer haya usado en el juicio de todos los derechos que la ley le concede. En consecuencia, si se trata de partición de bienes de una herencia, y el interesado no ha hecho sus objeciones cuando se le ha dado el traslado que previene el artículo 1283 del Código Judicial, no podrá después aprovecharse para ello del recurso de casación." (Casación de 17 de diciembre de 1912. **Gaceta Judicial,** tomo XXII).

"Las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales sobre objeciones a la partición, no impiden el recurso de casación, porque ésta versa propiamente sobre esas decisiones, y porque la parte, al apelar de la resolución del Juez, agota todos los medios que la ley pone a su disposición para la defensa de sus derechos. Pero no sucede lo mismo cuando lo ejecutoriado es la decisión del Juez, por no haber opuesto la parte el recurso de apelación. En tal caso debe considerarse que el interesado abandonó las objeciones, o las retiró, o desistió tácitamente de ellas; y, por otra parte, para que sea admisible en el fondo el recurso de casación, es necesario que en las instancias del juicio se hayan agotado todos los medios ordinarios de defensa." (Casación de 5 de julio de 1919. **Gaceta Judicial,** tomo XXVII).

"Tratándose de la sentencia aprobatoria de una partición, el recurso de casación solamente puede prosperar respecto de aquellos puntos en que se han hecho valer contra la partición los medios que la ley concede, o, en otros términos, que el recurso de casación no constituye oportunidad para formular contra la partición objeciones que no se hayan hecho en tiempo oportuno. Así lo decide la Corte en repetidos fallos." (Casación de 29 de septiembre de 1923. **Gaceta Judicial,** tomo XXX).

Esta jurisprudencia también se amolda perfectamente a lo establecido en el artículo 964 del actual Código Judicial (Ley 105 de 1931).

Como ya se dijo, la partición en este juicio de sucesión no fue objetada en la ocasión oportuna por los interesados, ni colectiva ni individualmente. Luego, de conformidad con la doctrina que acaba de exponerse, no es dable resolver ahora acerca de los reparos que la demanda de casación plantea contra la sentencia del Tribunal, porque ellos no son otra cosa que objeciones a la partición.

No objetada la partición, el Juez tenía que aprobarla, y el Tribunal se hallaba en el deber de confirmar la aprobación (artículo 1286 del anterior Código Judicial).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese y cópiese esta sentencia e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Devuélvase el proceso al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper.,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Al Juez 1º del Circuito en lo Civil de Medellín correspondió el conocimiento de la demanda ordinaria que el doctor Joaquín Agudelo, como apoderado de los señores Buenaventura Chaves y Jesús Constaín, inició contra los señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez Latorre, en sus propios nombres, como liquidadores de Chaves, Vásquez & Compañía, y como representantes legales de las Sociedades colectivas de comercio, Vásquez, López & Compañía, Miguel y Carlos Vásquez & Compañía y Miguel Vásquez e Hijos, para que se sentencie:

"Primero. Que son absolutamente nulos por motivo de dolo y de causa y objeto ilícito, o por cualquiera de esos motivos separadamente, los siguientes contratos, o alguno o algunos de ellos, celebrados por los demandados

Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L., como socios liquidadores de la Sociedad colectiva denominada Chaves, Vásquez & Compañía, domiciliada en Medellín, y con las personas que se expresan a continuación:

"a) El de compraventa de las existencias y demás valores del Ramo de Agencias de la expresada Sociedad Chaves, Vásquez & Compañía, celebrado con Vásquez López & Compañía, especialmente el contenido en la escritura número dos mil trescientos ochenta y siete (2387), otorgada ante el Notario 3º de este Circuito de Medellín, el treinta (30) de noviembre de mil novecientos cinco (1905), relativo a la mitad de un lote de terreno con casa de tapias y tejas, situado en esta ciudad, inmediato a la carretera Norte, y cuyos linderos generales son:

'Por el costado occidental, con la mencionada carretera; por el Sur, antes con propiedad del señor Juan Lalinde y hoy con una calle que cruza de la carretera del Camellón del Cementerio de San Pedro, y por los otros dos costados, con propiedad del mencionado señor Juan Lalinde,' y a los dos créditos a cargo, respectivamente, de los señores Germán Wolff y Roberto Hernández, que en tal instrumento se mencionan.

"b) El de compraventa, celebrado con la Sociedad de Miguel y Carlos Vásquez & Compañía, contenido en la escritura número ochocientos setenta y siete (877), otorgada ante el Notario 3º de este Circuito de Medellín, el día veinticuatro (24) de abril de mil novecientos diez y ocho (1918), relativo a una casa de dos pisos, de ladrillos, tapias y tejas, situada en esta ciudad, en el punto denominado **La Palencia**, Calle de Colombia, cuyas puertas sobre la calle están marcadas con los números 304, 306, 308, 310, 312, 314 y 316, y cuyos linderos son los siguientes:

'Por el frente o Sur, con la Calle de Colombia, en una extensión de diez y ocho (18) varas cuarenta y ocho centésimas de vara; por el Occidente o parte de abajo, con una casaquinta de propiedad del señor Antonio José Gutiérrez, en una extensión de veintiuna varas cinco centésimas de vara, hasta una esquina en la cual tuerce el lindero en ángulo recto, y sigue lindando, por el Norte, ya con la misma casaquinta, en una extensión de unas siete (7) varas cincuenta (50) centésimas de vara, hasta otra esquina, en la cual tuerce de nuevo el lindero hacia el Norte, y sigue lindando por el Occidente, en una extensión de seis varas sesenta y ocho centésimas de vara, hasta otra esquina, en la cual tuerce el lindero, en ángulo recto, hacia el Oriente, y sigue lindando por el Norte con la misma propiedad, en una extensión, poco más o menos, cuatro varas noventa y tres centésimas de vara, hasta otra esquina, en la cual vuelve a torcer el lindero hacia el Norte, y sigue lindando por el Occidente con la misma propiedad, en una extensión, poco más o menos, de cinco varas veintiséis centésimas de vara, hasta otra esquina que se vuelve a torcer el lindero en ángulo recto hacia el Oriente, y sigue lindando por el Norte con propiedad que fue del señor Antonio José Gutiérrez, en una extensión de ocho varas seis centésimas de vara, hasta otra esquina, en la cual tuerce el lindero en ángulo recto hacia el Sur, y sigue lindando por el Oriente, en una extensión de treinta varas sesenta y ocho centésimas de vara, con propiedad del mismo señor Gutiérrez, hasta salir al punto de partida en la Calle de Colombia, conforme al croquis levantado el diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos diez y seis (1916) por el señor Gonzalo Botero LI.'

"Quedó incluída en esta venta media paja de agua de la del Distrito, de diez líneas de diámetro y la instalación eléctrica que tiene el edificio, siendo de advertir que el agua se entiende con su acueducto correspondiente. De esa manera se excluyó parte del terreno-solar que acaba de alinderarse, a saber: la situada en la esquina Noroeste alinde con el callejón de entrada a la casaquinta que limita la casa vendida. Dicho solar o terreno, que está en pesebreras o cuartos, debajo del edificio que se vende, en una especie de sótano, y tiene una extensión, poco más o menos, de once (11) varas setenta y siete centésimas de vara, por el lado de dicho callejón; por el costado Norte, siete varas cincuenta centésimas de vara; por el Oriente, once varas sesenta y cinco centésimas de vara, y por el Sur, siete varas sesenta y siete centésimas de vara.

"**d)** El de compraventa, celebrado con los demandados Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L., contenido en la escritura número dos mil trescientos setenta y ocho (2378), otorgada en la Notaría 3ª de este Circuito de Medellín, el veintiocho de noviembre de mil novecientos cinco (1905), relativo a estas fincas:

"1ª Una casa de tapias y teja, de dos pisos, marcada con el número 172, situada en la Calle de Colombia, de esta ciudad, y que linda: 'por el Sur, con dicha Calle de Colombia; por el Oriente, con propiedad de la Sociedad comercial de Hijos de Pablo Lalinde & Compañía y con propiedad de la Sociedad denominada Hijos de Pastor Restrepo & Compañía, fincas éstas que fueron antes, respectivamente, de los señores Tomás Uribe Santamaría y Mariano Latorre C.; por el Norte, con solar de la casa que ocupaba la Sociedad de Restrepo & Compañía, y que fue propiedad de los señores Luciano y José Manuel Restrepo, y por el Occidente, con casa de la sucesión del doctor Carlos Vélez S., que pertenecía a las señoras Mercedes y Bárbara Santamaría.'

"2º Un terreno con diez casas pequeñas, de tapias y teja, situado en esta ciudad, en el barrio de la Quebrada Arriba, y un pedazo de terreno en manga, comprendido todo por los siguientes linderos: 'por el frente, una calle sin nombre, que comunica el barrio de Quebrada Arriba o vuelta de Guayabal, con la continuación de la Calle de Colombia, arriba de la plaza de mercado Flórez; por un costado, con la Calle Colombia; por el centro, con terrenos que eran del señor Lope M. Montoya y Francisco Cadavid, y por el otro costado, con terrenos que eran del citado señor Cadavid y Dolores González; y

"3º Un terreno con edificios de mediagua, de tapia y teja, situado en esta ciudad, en la Calle de Cundinamarca, y alinderado así: 'por el frente u Oriente, con la expresada calle y con solar de los señores Emilio Restrepo G. y Miguel Vásquez B.; por el Norte, con terrenos del señor Emilio Restrepo C. y herederos del señor Pablo Lalinde; por el Occidente, con terrenos de los mismos herederos del señor Pablo Lalinde, y por el Sur, con la quebrada **Santa Elena**.'

"**d)** El de compraventa, celebrado con los demandados Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L., contenido en la escritura número mil ochocientos noventa y tres (1893), otorgada en la Notaría 3ª de este Circuito de Medellín el trece de septiembre de mil novecientos cinco, relativo a estas fincas:

"1ª Una rural, situada en el Municipio de Támesis, sembrada en su mayor parte de café, con casa y útiles para beneficiarlo, compuesto de dos lotes, alinderados

así: 'por el pie, con el camino de servidumbre que conduce de las mangas a los terrenos de Juan Tangarife e Hijos; por la cabecera, con el camino que de Támesis conduce a Nueva Caramanta; por el costado derecho, con terrenos de Juan Tangarife y Proto Montoya, o mortuoria de la esposa de éste; por el costado izquierdo, con un amagamiento alinde con Manuel Antonio Arango, hasta salir al camino de Támesis. Por el pie, con terreno de Manuel Antonio Arango y terrenos de Chaves, Vásquez & Compañía; por la cabecera y el costado izquierdo, con terreno de Manuel Arango, y por el costado derecho, con terrenos del mismo señor Arango y con terreno de Chaves, Vásquez & Compañía; y

"2ª Un lote de terreno situado en esta ciudad, en la carretera del Norte, con una superficie de ciento dos mil trescientas setenta y una varas cuadradas, de las de ochenta y cuatro centímetros, y alinderado así: 'por el frente, o sea hacia el Oriente, con la citada carretera; por el costado del Norte, con terrenos que pertenecían a la señora María de Jesús Arango de Muñoz; por el Occidente, con terrenos que eran de los herederos del señor Manuel Santamaría B., quedando una agua o zanjón de por medio, y por el Sur, con terrenos del señor Tomás Muñoz Arango.'

"c) El de compraventa, celebrado con la Sociedad de Miguel Vásquez e Hijos, contenido en la escritura número seiscientos sesenta y cuatro (664), otorgada ante el Notario 2º de este Circuito de Medellín, el veinte de mayo de mil novecientos diez, en cuanto por ese contrato vendieron a esta última Sociedad la tercera parte de la mitad, o sea una sexta parte del total de una casa de tapias y tejas, situada en esta ciudad, con media paja de agua potable y demás mejoras y anexidades, ubicada en el Llano, a inmediaciones de la carretera del Norte, y que linda: 'por el costado occidental, con la mencionada carretera; por el Sur, con una calle que cruza de la carretera del camellón del Cementerio de San Pedro, por terreno que fue antes del señor Juan Lalinde, y por los otros dos costados, con terrenos del mencionado señor Juan Lalinde.'

"Segundo. Que como consecuencia de esa nulidad absoluta, las fincas raíces que acaban de enumerarse deben ser restituídas por los demandados al patrimonio común de la Sociedad colectiva de Chaves, Vásquez & Compañía, en liquidación, con todos los frutos naturales y civiles producidos o que hubieran podido producir con mediana inteligencia y cuidado, estando en poder de la mencionada Sociedad, y desde la fecha de la respectiva enajenación.

"Tercero. Que una vez operada dicha restitución, las mencionadas fincas, con sus frutos naturales y civiles, deben distribuirse entre los socios de Chaves, Vásquez & Compañía, en la proporción que a cada uno le corresponde, conforme a la participación que tenga en los negocios de la Sociedad.

"Cuarto. Que los demandados señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L. están en la obligación de indemnizar a los demandantes Buenaventura Chaves y Mercedes Agudelo de Constaín, todos los perjuicios que les han ocasionado por la indebida enajenación de los mencionados bienes, y en la cuantía que se señale en este mismo juicio, oyendo el dictamen de peritos, o en otro juicio distinto, si fuere el caso.

"Quinto. Que los mismos demandados están en la obligación de pagar las costas del presente juicio."

No citaron los demandantes disposiciones legales en apoyo de su demanda. Como hechos fundamentales de ella, alegaron los siguientes:

"Primero. Por medio de la escritura número 772, otorgada ante el Notario 1º de este Circuito el veintiocho de mayo de mil ochocientos noventa, los señores Bartolomé Chaves, vecino de Supía, en el antiguo Departamento del Cauca, como socio y representante de la Casa Bartolomé Chaves & Hermanas, Miguel Vásquez B. y José J. Hoyos, vecinos de Medellín, y en sus propios nombres, organizaron una Sociedad colectiva que denominaron civil, con domicilio en esta misma ciudad, y con la razón social 'Chaves, Vásquez & Compañía.' Fueron estas las estipulaciones principales de ese contrato:

"a) Que la administración ordinaria de la Sociedad estaría a cargo de los socios Vásquez B. y Hoyos, quienes serían los únicos que usarían la firma social y representarían a la Compañía en juicio y fuera de él, sin perjuicio de que el señor Chaves pudiera ejecutar los mismos actos que dichos socios, cuando así lo quisiera.

"b) Que, por consiguiente, cuando se hablara de los administradores se entendería que se trataba de los socios Vásquez y Hoyos.

"c) Que los aportes de los socios eran, de mil pesos el de Bartolomé Chaves & Hermanas, y de quinientos pesos el de cada uno de los socios Vásquez B. y Hoyos; que la Sociedad declaraba recibidos en dinero sonante, reservándose la facultad de aumentar las puestas durante la existencia de la Compañía.

"d) Que la Sociedad se ocuparía de los negocios siguientes: compra y venta de metales preciosos; compra y venta de letras de cambio; descuento de obligaciones; imposición de dinero a interés; desempeño de comisiones y agencias; admisión de depósitos; emisión de billetes cuando así conviniera y lo admitieran las leyes; introducción y venta de mercancías, y las demás operaciones lícitas que la Sociedad estimara convenientes.

"e) Que de las utilidades líquidas que se obtuvieran en cada semestre, se dejaría el cinco por ciento para fondo de reserva, y el resto se distribuiría así: un cincuenta por ciento para Bartolomé Chaves & Hermanas, y el otro cincuenta por ciento, de por mitad, para los socios Vásquez B. y Hoyos.

"f) Que en caso de pérdida, ésta sería soportada exclusivamente por Bartolomé Chaves & Hermanas, y que los socios administradores sólo perderían el trabajo durante el período respectivo.

"g) Que la Sociedad principiaba su existencia desde la fecha de aquella escritura, y terminaría el treinta de junio de mil ochocientos noventa y cuatro, advirtiendo que si durante ese término se disolvía la Sociedad de Bartolomé Chaves & Hermanas, los individuos en cuyo poder quedaran los bienes que ésta hubiera introducido a la de Chaves, Vásquez & Compañía, continuarían formando parte de esta última hasta la expiración del plazo prefijado; y que si moría alguno de los socios Vásquez B. u Hoyos, sus herederos designarían una persona que reemplazara al muerto en la administración de la Sociedad; pero que esa persona debía ser aceptada por los otros socios, so pena de que si no lo fuese, esos herederos quedarían excluídos de la Compañía.

"h) Que una vez disuelta la Sociedad, la liquidación de ella debía hacerse por los socios administradores, y que tal liquidación se verificaría pagando en primer lugar

el pasivo de la Compañía, sacando luégo los capitales aportados y distribuyendo después las utilidades en la proporción antes establecida.

"i) Que los socios administradores quedaban obligados a consagrar toda su atención a los negocios sociales, y que quedaba expresamente prohibido hacer por su cuenta particular operaciones de la misma especie que la Sociedad ejecutara. Operaciones de otra especie podrían hacerlas, siempre que los demás socios convinieran en ello, por considerar que no sufriría perjuicios la Sociedad.

"j) Que los negocios sociales que versaran sobre valores no mayores de quinientos pesos, podrían ser hechos libremente por cada uno de los socios administradores, pero para los que excedieran de esa cuantía, se necesitaba el acuerdo de los dos.

"k) Que se tendrían como gastos de la Sociedad los sueldos de los empleados, el arrendamiento de locales, honorarios de abogados, etc., y, finalmente, que la copia de los balances generales se pasaría al socio Bartolomé Chaves & Hermanas con informe sobre la marcha y estado de los negocios.

"Segundo. Por medio de la escritura número 995, pasada en la misma Notaría 1ª de este Circuito, el treinta de junio de mil ochocientos noventa y cuatro, es decir, el mismo día en que debía expirar el término de los cuatro años fijados para la existencia de Chaves, Vásquez & Compañía, los señores Bartolomé Chaves, Abel Lemus del Pino, obrando el primero en su propio nombre, y como socio administrador de la Sociedad disuelta pero no liquidada de Bartolomé Chaves & Hermanas, y el segundo, como mandatario de Siforiana Chaves, de María Jesús, Mercedes W. y Joaquín A. Cruz, de Miguel V. y de Jesús María Gutiérrez, y, además, los señores Miguel Vásquez B. y José J. Hoyos, hicieron estas declaraciones:

'1. Que según la cláusula sexta de la escritura constitutiva de Chaves & Compañía, de la cual eran socios Bartolomé Chaves & Hermanas, Miguel Vásquez B. y José J. Hoyos, aquella Compañía debía empezar sus funciones el veintiocho de mayo de mil ochocientos noventa, y terminar el treinta de junio de mil ochocientos noventa y cuatro, y que, según la misma cláusula, si antes de cumplirse el término fijado se disolvía la Sociedad de Bartolomé Chaves & Hermanas, los individuos en cuyo poder quedaran los bienes que ésta hubiera introducido a la de Chaves, Vásquez & Compañía, continuarían formando parte de esta última Sociedad hasta la expiración del término fijado.

'2. Que la Sociedad de Bartolomé Chaves & Hermanas había quedado disuelta por la sentencia que había proferido el señor Juez en lo Civil del Circuito de Marmato, el primero de noviembre de mil ochocientos noventa y tres.'

"m) Que por convenio entre todos los socios de Chaves, Vásquez & Compañía, desde esa fecha dejaba de pertenecer a esta Sociedad de Bartolomé Chaves & Hermanas, y que por documento privado se haría constar lo que a la dicha Sociedad de Bartolomé Chaves & Hermanas correspondía en la de Chaves, Vásquez & Compañía por su parte de capital y utilidades, y la forma y términos en que ésta debía hacerle el pago.

"n) Que por mutuo convenio entre todos los socios de Chaves, Vásquez & Compañía, el señor Bartolomé Chaves, en su propio nombre, entraba desde esa misma fecha a formar parte de esa Sociedad, a la cual introducía como aporte la cantidad de mil pesos, dada por recibida a su satisfacción, pudiendo luégo aumentar su aporte, de acuerdo con la cláusula tercera de la escritura constitutiva de la Sociedad.

"ñ) Que Bartolomé Chaves, obrando ya como socio administrador de Bartolomé Chaves & Hermanas, y ya en su propio nombre y como socio de la Casa de Chaves, Vásquez & Compañía, Miguel Vásquez B. y José J. Hoyos, con la voluntad y el consentimiento de los tres otorgantes, todos representando a la Casa Chaves, Vásquez & Compañía, prorrogan el contrato de sociedad consignado en la escritura número 772, de veintiocho de mayo de mil ochocientos noventa, hasta un año después de la fecha en que cualquiera de los socios declarara por escritura pública su voluntad de que la Sociedad terminara.

"o) Que en caso de muerte del señor Bartolomé Chaves, la Sociedad continuaría con sus herederos hasta un año después de ese acontecimiento, y que en tal evento, aquéllos debían hacerse representar ante la Sociedad por un apoderado residente en esta ciudad, con la advertencia que si por cualquier causa no lo constituían dentro de tres meses, sería designado por uno de los Jueces en lo Civil del Circuito de Medellín, a petición de cualquiera de los socios.

"p) Que el mismo procedimiento se seguiría en caso de que la falta de apoderado ocurriera sin culpa de nadie, como por estar pendiente o no haberse iniciado la respectiva mortuoria, o ser inciertos o desconocidos los herederos; y se agregó que aun el albacea, durante el tiempo que representara solo la herencia, debía residir en Medellín o tener apoderado aquí, y que si no residiera o nombrara apoderado, se proveería el mandato de conformidad con lo previsto en el ordinal anterior.

"q) Que la liquidación de la Sociedad cuando ella terminara, debía hacerse privadamente por los administradores ordinarios, Vásquez B. y Hoyos; que éstos nombrarían un avaluador, los demás socios otro, y que los dos avaluadores principales designarían un tercero; advirtiendo que si los demás socios de que se ha hablado, no nombraran perito dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se les requiera para ello, ese perito lo designaría uno de los Jueces en lo Civil del Circuito de Medellín, a solicitud de cualquiera de los socios administradores ordinarios.

"r) Que si alguno de los interesados no se conformaba con la liquidación, o no hubiere acuerdo en cuanto a la adjudicación de las especies **existentes**, o si ocurría cualquiera otra dificultad, se podría ocurrir al Juez, advirtiendo que para los casos que ocurrieran en esa liquidación, y que no se habían previsto, dejaban constancia de que su voluntad era la de que el procedimiento privado fuera la regla y el judicial la excepción.

"rr) Que si moría alguno de los socios Vásquez V. u Hoyos, se procedería como estaba dispuesto en el pacto social, y que todas las disposiciones de éste subsistirían con las modificaciones anteriores, entendiéndose dicho del señor Bartolomé Chaves lo que en ese pacto se decía de Bartolomé Chaves & Hermanas.

"s) Finalmente: que la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía, aunque había habido un cambio en su personal, era sustancialmente la misma, organizada por la escritura número 772, de veintiocho de mayo de mil ochocientos noventa, y por lo tanto, el activo de la Sociedad primitiva quedaba a favor y el pasivo de ella a

cargo de la Sociedad modificada en los términos anteriores.

"Tercero. Por medio de la escritura número 1345, pasada ante el mismo Notario 1º de este Circuito, el veintiséis de noviembre de mil ochocientos noventa y ocho, los señores Bartolomé Chaves, Miguel Vásquez B. y José J. Hoyos, en su calidad de socios hicieron, entre otras, estas declaraciones:

"**t)** Que desde que se había otorgado el pacto social, se había dicho que la Casa de Chaves, Vásquez & Compañía se ocuparía fuera de otros negocios que se especificaron, en las demás operaciones lícitas que la Sociedad estimara convenientes.

"**u)** Que al pactar esto, la intención había sido que los socios administradores Vásquez B. y Hoyos hicieran todas las adquisiciones y otorgaran y aceptaran todas las cauciones que estimaran convenientes.

"**v)** Que verbalmente habían sido autorizados esos dos socios para celebrar todos los contratos y ejecutar todos los actos que han celebrado y ejecutado, desde que se otorgó la primera escritura hasta esa fecha, bien se hubiera dejado constancia de sus operaciones en instrumentos públicos, bien en documentos privados, o bien de cualquiera otro modo, y que de todos esos actos y contratos había constancia en los libros y cuentas de la Sociedad.

"**x)** Que habiendo procedido esos dos socios administradores, en cada uno de los actos y contratos, no sólo de acuerdo entre sí sino con autorización y aprobación posterior de todos los socios, semejantes actos y contratos eran en todo y por todo legales, valederos, firmes y engendradores de todos los derechos y obligaciones que de ellos emanaban, ora para los socios entre sí, ora respecto de terceros.

"**y)** Que para mayor claridad se establecía que los socios administradores ordinarios Vásquez B. y Hoyos, y el socio Bartolomé Chaves, cuando extraordinariamente quisieran administrar, tenían facultad especial para comprar, vender, rematar, permutar y recibir en pago bienes, y, en general, adquirirlos o enajenarlos a cualquier título oneroso y conmutativo; para alterar la forma de esos bienes; para limitar su dominio; para hipotecar los bienes raíces y empeñar los muebles; para entrar la Sociedad como miembro de otras sociedades; para rescindir y novar los contratos de la misma; para comparecer, activa o pasivamente, en toda clase de juicios e interponer recursos de casación, de revisión y para transigir y comprometer.

"**z)** Que, como según el pacto social, los negocios que pasaran de quinientos pesos requerían el acuerdo previo de los socios Vásquez B. y Hoyos, se entendería siempre que ese acuerdo había existido cuando apareciera la firma de la Casa, y aun cuando en el acto o contrato sólo figurara uno de aquéllos; y que todo contrato que se hubiera celebrado o se celebrara por cualquiera de esos dos socios, se consideraría celebrado con el consentimiento previo y expreso del otro, salvo prueba plena en contrario.

"Cuarto. Por medio de la escritura número 457, pasada ante el Notario 2º de este Circuito el veintiocho de febrero de mil ochocientos noventa, los señores María Francisca Escobar de Hoyos, Bartolomé Chaves y Miguel Vásquez B., la primera, viuda, y en representación de sus hijos menores, y los otros dos, como socios de Chaves, Vásquez & Compañía, declararon que el señor José J. Hoyos había fallecido en esta ciudad el quince del expresado mes. Además dijeron:

"**a)** Que por cuanto en el pacto social se había estipulado que si fallecía uno de los socios Vásquez B. u Hoyos, los herederos designarían una persona que reemplazara al fallecido en la administración de la Sociedad, pero que para ello se requería que esa persona fuera aceptada por los otros socios, so pena de que si no lo era, dichos herederos quedarían excluídos de la Sociedad, y que por cuanto los herederos del señor Hoyos habían designado un administrador que no había sido aceptado por el socio Chaves, declaraban, con gran sentimiento, separados de la Sociedad a los herederos del señor Hoyos, desde el día del fallecimiento de éste.

"b) Que, en consecuencia, la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía quedaba compuesta únicamente de los socios Bartolomé Chaves y Miguel Vásquez B., y que la separación de dichos herederos no alteraba en lo más mínimo la persona jurídica de aquella Sociedad, la cual continuaría su existencia y sus negocios sobre el mismo pie y con las mismas reglas que antes, con estas únicas modificaciones:

'**a)** Que el socio Miguel Vásquez B., como administrador permanente y necesario de la Compañía, no necesitaría en lo sucesivo de la voluntad, el consentimiento o la venia de persona ni de socio alguno para verificar todos los actos, celebrar todos los contratos a que se referían las escrituras sociales, pues todos ellos podían, en lo sucesivo, cumplirse por su sola voluntad; y

'**b)** Que oportunamente y antes del balance semestral, se resolvería por los socios cómo debían repartirse en adelante las utilidades.'

"**c)** Que mientras tanto, y para atender a la buena marcha de las oficinas, quedaba facultado el administrador Miguel Vásquez B. para contratar los ayudantes necesarios.

"Quinto. Desde que en mayo de mil ochocientos noventa se fundó la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía, se organizó en ella, como una de sus principales dependencias, una agencia, cuyas funciones principales eran la venta de barras de oro y plata, y la introducción y venta de útiles y materias primas destinadas a la industria minera. Fue eso uno de los principales ramos de explotación de la Compañía y una de las fuentes más abundantes y seguras de sus utilidades. De esa agencia, que era la encargada de realizar los metales preciosos que producían los veneros del socio Chaves, se proveían las empresas de éste y muchas de las más importantes del Departamento. Por esos motivos, esa dependencia de los negocios sociales se organizó con relativa autonomía en cuanto a su caja y a la contabilidad general; pues como lo decía el primer informe semestral, 'la descripción en los libros generales de las muchas y pequeñas operaciones a que daba lugar, sería embarazosa, y no podría ser hecha con la rapidez que el negocio requería.'

"Para ponerse al frente de la agencia, se nombró al señor Carlos E. López, quien la desempeñó con tan buen éxito, que pasados algunos años los dos socios principales, Chaves y Vásquez B., determinaron admitirlo como socio de Chaves, Vásquez & Compañía, en unión con el señor Carlos Vásquez Latorre, hijo del socio Miguel Vásquez B.

"Sexto. **dd)** Por medio de la escritura número 820,

otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, el diez y siete de julio de mil ochocientos noventa y nueve, los señores Bartolomé Chaves, Miguel Vásquez B., Carlos Vásquez L. y Carlos E. López, después de hacer una historia del establecimiento y de las modificaciones de la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía, consignaron las siguientes estipulaciones:

'**ee)** Que habían convenido de común acuerdo en que el señor Carlos Vásquez Latorre entrara desde esa fecha a formar parte de la referida Sociedad, como socio administrador, con derecho al uso de la firma social, y a representarla en juicio y fuera de él, **con las mismas obligaciones y deberes que el pacto fundamental de mil ochocientos noventa asignaba a los socios administradores Vásquez B. y Hoyos.**

"**ff)** Que el nuevo socio Vásquez Latorre introducía a la caja social, como aporte, la cantidad de quinientos pesos, la cual se había entregado en dinero a su satisfacción.

"**gg)** Que del mismo modo el señor Carlos López entraba desde esa fecha a formar parte de la Sociedad, **pero con intervención únicamente en el ramo de los negocios de la agencia que había estado y estaba a su cargo.**

"**hh)** Que los negocios de esa agencia estaban detallados en un contrato, de veintiuno de enero de mil ochocientos noventa y cinco, y consistían: en la venta de barras de oro y plata; compra y remisión de útiles para minas; pago de cantidades; cobro de letras e introducción y venta de útiles para minas, y en los demás asuntos análogos que la oficina principal le encomendara.

"**ii)** Que el señor López tendría derecho a la firma social, pero únicamente para los asuntos que estaban a su cargo, y que haría uso de ella firmando 'Chaves, Vásquez & Compañía, ramo de Agencia.'

"**jj)** Que quedaban subsistentes, y en toda su fuerza, los contratos que Chaves, Vásquez & Compañía habían celebrado con el señor López, relativos a la administración de esa agencia, y que constaban en documentos de primero de enero de mil ochocientos noventa y cinco, treinta de abril de mil ochocientos noventa y seis, veintiocho de junio de mil ochocientos noventa y ocho y siete de febrero de mil ochocientos noventa y nueve, contratos que indicaban los deberes y obligaciones de las partes entre sí; la intervención que el señor López tenía y debía tener en lo sucesivo en los negocios de la Sociedad, la duración de tales contratos y participación que a las mismas partes les debía corresponder en las utilidades que se obtuvieran en el ramo de negocios de la agencia.

"kk) Que era entendido que el señor López no quedaba con participación en las demás utilidades de la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía, ni con más derechos ni obligaciones que los que constaban en tales contratos.

"**ll)** Que en lo sucesivo, el treinta de junio y el treinta y uno de diciembre de cada año, se haría balance general de los negocios de la Sociedad, y que de las utilidades que obtuvieran se reservaría un cinco por ciento para el fondo de reserva, y que el resto se distribuiría en esta proporción: un cincuenta por ciento, para el socio Bartolomé Chaves; un veinticinco por ciento, para el socio Miguel Vásquez B.; un diez y ocho por ciento, para el socio Carlos Vásquez Latorre, y un siete por ciento, a los herederos del antiguo socio José J. Hoyos; hasta el treinta de junio de mil novecientos, y que de allí en adelante, ese siete por ciento le correspondía al socio Bartolomé Chaves, y entraría a aumentar las utilidades que a éste le correspondían.

"**mm)** Que quedaba restablecida la estipulación de la cláusula duodécima del pacto social, y que, por consiguiente, los negocios que versaran sobre valores no mayores de quinientos pesos, podrían ser hechos libremente por cada uno de los socios administradores, y que los mayores de esa cuantía sólo debían hacerse cuando estuvieran de acuerdo los dos administradores ordinarios.

"**nn)** Que en lo demás, quedaban en su fuerza y vigor el pacto social y sus modificaciones, **entendiéndose dicho del nuevo socio Carlos Vásquez Latorre, y para lo sucesivo,** todo lo que en las escrituras números 772, de veintiocho de mayo de mil ochocientos noventa; 995, de treinta de junio de mil ochocientos noventa y cuatro, y 1395, de veintiséis de noviembre de mil ochocientos noventa y ocho, se decía del antiguo y fallecido socio José J. Hoyos."

"Séptimo. Así están las cosas, cuando el veinte de abril de mil novecientos cuatro murió en el Municipio de Supía, Departamento del Cauca, el señor Bartolomé Chaves, a la edad de ochenta y dos años, después de haber otorgado dos días antes su testamento, que es modelo de previsión, de caridad. En ese testamento instituyó como herederos universales a sus hijos Adela Chaves de la Roche, Buenaventura y Guillermo Chaves. En la cláusula cuarta de ese acto, dijo el testador:

'Una vez deducidas las asignaciones y mandas que se indicarán adelante, y los gastos que ordene la ley, es mi voluntad que se le dé la cuarta parte de lo que reste, a la señora Mercedes Agudelo de Constaín, esposa del señor Jesús Constaín, y mayor de edad. Lo que sobre, una vez deducida esta cuarta parte, es lo que debe distribuírse entre Adela, Buenaventura y Guillermo.'

"Octavo. El señor Juez 1º del Circuito de Marmato, en auto fechado el veinticuatro de mayo de mil novecientos cuatro, declaró abierta la sucesión testada del señor Chaves, y reconoció por sus herederos a sus citados hijos Adela, Buenaventura y Guillermo Chaves y Mercedes Agudelo de Constaín.

"Noveno. En la partición verificada en ese mismo juicio y aprobada en sentencia de ....., se les adjudicó a Guillermo y Buenaventura Chaves y a Mercedes Agudelo de Constaín, por terceras partes indivisas, la parte que el testador tenía como socio capitalista en la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía.

"Décimo. El heredero Guillermo Chaves vendió a Miguel Vásquez B. y a Carlos Vásquez Latorre sus derechos hereditarios o su participación en los bienes de Chaves, Vásquez & Compañía, en circunstancias que después analizaré. A la heredera Adela Chaves de la Roche se le adjudicó su haber en otros bienes del testador, de manera que sólo Buenaventura Chaves y la señora Agudelo de Constaín, que somos quienes establecemos este juicio, venimos a quedar como dueños, cada uno, de una tercera parte, en la participación que el testador tenía como socio en la referida Sociedad.

"Undécimo. Veamos ahora la situación jurídica en que iban a quedar los bienes que formaban el patrimonio de la persona de derecho, denominada Chaves, Vásquez & Compañía, con motivo de la muerte de su socio principal, el señor Bartolomé Chaves.

"Ya se recordará que en la cláusula séptima de la escritura número 995, de treinta de junio de mil ochocien-

tos noventa y cuatro, se había estipulado que si moría el señor Bartolomé Chaves, la Sociedad debía continuar con sus herederos hasta un año después de ese acontecimiento. De modo que, según esta estipulación, esa Sociedad siguió existiendo hasta el veinte de abril de mil novecientos cinco. Ese día, por ministerio del mismo pacto social, la Sociedad colectiva de Chaves, Vásquez & Compañía quedó disuelta, y su patrimonio íntegro quedó en poder de los dos únicos socios liquidadores, que hasta esa fecha habían sido los socios administradores ordinarios, don Miguel Vásquez y don Carlos Vásquez Latorre.

"Bien sea que se considere a esa Compañía como sociedad civil, o bien como comercial, que es el carácter que verdaderamente tiene por la naturaleza de sus operaciones, por los fines que se proponía, por el contexto mismo de las bases constitucionales y hasta por la calidad de las personas que la formaban, y ya que los contratantes no pueden, con una simple declaración contractual, mudar la esencia de las cosas, ni variar los fenómenos jurídicos que la misma ley ha definido y reglamentado, es la verdad que esos dos socios, en cuyo poder quedaron todos los bienes de la disuelta Sociedad, asumieron el carácter de mandatarios respecto de los demás socios y sus herederos, en todo lo relativo a la liquidación, y que, como tales, hay que considerarlos al estudiar todos los actos que ejecutaron para llevar a cabo esa liquidación.

"Duodécimo. Y es aquí donde principia lo más delicado y lo más grave de esta demanda.

"Aunque al fundar la Sociedad los tres socios, Bartolomé Chaves, Miguel Vásquez B. y José J. Hoyos, se reservaron el derecho de aumentar sus puestas, de $ 1,000 el primero y de $ 500 cada uno de los otros dos, lo cierto es que durante la existencia de ella, el señor Chaves fue el único que hizo uso de ese derecho. Pocos días después de organizada la Compañía, es decir, en el mes de agosto de mil ochocientos noventa, el capital introducido por don Bartolomé, a nombre de Bartolomé Chaves & Hermanas, ascendía a la cantidad de $ 343,568-78½, y más tarde alcanzó a la suma de $ 800,000. Era oro, que casi en su mayor parte se había hecho venir de Europa, de los depósitos que el señor Chaves mantenía disponibles en la ciudad de Londres, por medio de giros, que los administradores ordinarios de la Sociedad vendían en ese mercado, y cuyos valores hacían ingresar a las cajas sociales para atender a los negocios de ella. De la cuantía de esos depósitos, da cuenta la carta que el quince de octubre de mil ochocientos noventa escribía el señor Vásquez B. al señor Chaves.

'Los fondos que hay en Europa, decía, pertenecientes a Bartolomé Chaves & Hermanas, son:

'El poder de Isaac & Samuel, de Londres..... £	3,383	57
'El poder de Stiebel Brothers.....	37,694	10,8
'El poder de A. S. Henry & Co., de Manchester.....	11,958	8,8
'Total..... £	53,036	4,11'

"Todo ese oro, más gran parte de lo que producían las minas del señor Chaves, entró a la caja de Chaves, Vásquez & Compañía.

"Décimotercio. Catorce años más tarde, el cuatro de agosto de mil novecientos cuatro, se presentó don Miguel Vásquez B. ante uno de los Jueces en lo Civil de este Circuito a hacer relación jurada como tenedor de los bienes de la sucesión del señor Chaves, en esta ciudad, y en esa relación figura esta constancia:

'La parte que al finado corresponde en la Casa de Chaves, Vásquez & Compañía, según la constitución de la Sociedad, avaluada en nueve millones quinientos mil pesos papel moneda.'

'Es decir, que en catorce años de magníficas operaciones comerciales, ejecutadas por hombres hábiles y de insospechable honorabilidad, acumulando utilidades, el capital del socio capitalista don Bartolomés Chaves, que había sustituído a Bartolomé Chaves & Hermanas, descendió de ochocientos mil pesos, por lo menos, a noventa y cinco mil pesos oro.

"Esas son las desastrosas consecuencias del papel moneda, se contestaría. Pero una parte del capital de Chaves, Vásquez & Compañía estaba representado por fincas raíces, que son las que en todos los países resisten los oleajes de los sistemas monetarios. Es preciso examinar más de cerca qué se hicieron aquellas fincas, y qué validéz tienen los contratos que las sustrajeron del patrimonio social para hacerlas pasar por caminos silenciosos al patrimonio de otras personas, ya sean éstas jurídicas o naturales.

"Décimocuarto. Para averiguarlo, es preciso volver un paso atrás, y recordar estos hechos que constan en documentos de indiscutible autenticidad.

"A pesar de la estipulación contenida en la cláusula undécima del estatuto social, que prohibía terminantemente a los socios administradores hacer por su cuenta particular operaciones de la misma índole que las que la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía iba a ejecutar, los socios administradores don Miguel Vásquez B. y don Carlos Vásquez L. constituyeron, en su propio nombre, y entraron a formar parte de varias sociedades de comercio con carácter de colectivas, y que según los respectivos estatutos, se ocuparon en varios de los mismos negocios de aquélla.

"Décimoquinto. Por medio de la escritura número 172, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, el quince de enero de mil novecientos uno, don Miguel Vásquez B. formó con sus hijos don Enrique y don Manuel, y con los señores Ramón y Jorge Upegui y Juan Bautista Zea, la Sociedad Miguel Vásquez & Compañía, que tenía por objeto la introducción, compra y venta de mercancías, compra y venta de metales preciosos y de letras de cambio y todos los otros negocios compatibles con esta clase de sociedades y que no se opusieran a las leyes ni a las buenas costumbres.

"Décimosexto. Por medio de la escritura número 2369, pasada ante el Notario 3º de este mismo Circuito, el veintisiete de noviembre de mil novecientos cinco, los señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez Latorre y Carlos E. López, en sus propios nombres, es decir, las mismas tres personas que eran los Administradores de Chaves, Vásquez & Compañía, los dos primeros Administradores ordinarios y el último Administrador del ramo de agencia, constituyeron otra Sociedad colectiva de comercio, con la razón social de Vásquez, López & Compañía, con domicilio en esta ciudad, y que, según esa escritura, se ocuparía en la introducción y venta de mercancías, compra y exportación de metales preciosos y de frutos del

país, compra y venta de letras de cambio, desempeño de comisiones y agencias, y las demás que la Sociedad estimara conveniente y fueran del ramo de comercio. Todos tres tenían el uso de la firma social. El capital fue de doscientos pesos oro americano, aportados en dinero, así:

"Por el socio Miguel Vásquez B., cincuenta pesos ($ 50). Por el socio Carlos Vásquez Latorre, cincuenta pesos ($ 50). Por el socio Carlos E. López, cien pesos ($ 100).

"En la misma proporción se debían repartir las utilidades o las pérdidas de la Compañía.

"Repito, que cuando esta Sociedad se constituyó, el señor Carlos E. López era socio colectivo de Chaves, Vásquez & Compañía, encargado especialmente de uno de los principales, si no del principal ramo de la Casa llamada por antonomasia **La Agencia**, y que usaba de la firma en esta forma: 'Chaves, Vásquez & Compañía, ramo de Agencia.' Los señores Vásquez B. y Vásquez Latorre eran los dos únicos liquidadores de Chaves, Vásquez & Compañía.

"Décimoséptimo. Por medio de la escritura número 934, corrida ante el Notario 1º de este Circuito, el veinticinco de mayo de mil novecientos catorce, los señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez Latorre, obrando en sus propios nombres, organizaron una Sociedad colectiva y de comercio, con la razón social de Miguel y Carlos Vásquez. Cada uno de ellos introdujo un capital de cien pesos ($ 100) oro inglés, y se reservó el uso de la firma social. El giro ordinario comprendía, como en las otras, la compra y venta de metales preciosos, compra y venta de letras de cambio, descuento de obligaciones, apertura de créditos flotantes, imposición de dinero a interés, desempeño de comisiones y agencias, admisión de depósitos, emisión de billetes y las demás operaciones lícitas que la Sociedad estimara conveniente. Esta Sociedad ha sufrido dos reformas: la primera, por medio de la escritura número 1383, otorgada ante el mismo Notario 1º de este Circuito, el veinte de julio de mil novecientos catorce, consistente en cambiar la razón social de Miguel y Carlos Vásquez por la de Miguel y Carlos Vásquez & Compañía, y la segunda, por medio de la escritura número 1761, pasada ante el Notario 3º de este Circuito, el veintinueve de julio de mil novecientos diez y seis, en la cual los dos socios hicieron varias declaraciones relativas a la duración del contrato, a la manera como se procedería a la liquidación de la Compañía y al aporte de varios bienes raíces que allí se enumeran y especifican. Ya veremos la procedencia y la historia de algunos de esos bienes.

"Décimoctavo. Por medio de la escritura número 1924, pasada en la Notaría 1ª de este Circuito, el ocho de septiembre de mil novecientos diez y siete, el señor Miguel Vásquez B. organizó con sus hijos otra Sociedad colectiva de comercio, con la razón social de Miguel Vásquez e Hijos, que se ocupa en negocios de comercio, similares a los que formaban el giro ordinario de los anteriores.

"Décimonoveno. Todas estas entidades jurídicas fueron naciendo, como retoños, en el viejo solar de la Casa de Chaves, Vásquez & Compañía, en que los socios administradores ordinarios, primero, don Miguel Vásquez B. y don José J. Hoyos, y luégo, el mismo don Miguel y su hijo don Carlos Vásquez Latorre, habían aportado capitales que, por los milagros del papel moneda, quedaron reducidos a cinco pesos oro cada uno, y en la cual las pérdidas eran todas para el antiguo socio don Bartolomé Chaves, primero como representante de Bartolomé Chaves & Hermanas, y luégo en su propio nombre. Así se había declarado expresamente en el pacto social:

'Si hubiere pérdida, será soportada exclusivamente por Bartolomé Chaves y Hermanas.'

"Si hemos hecho mención de todas estas Sociedades, es porque deseamos que la historia de estos hechos sea tan completa como nos sea posible, y porque el patrimonio de algunas de ellas han pasado por los caminos silenciosos a que antes nos hemos referido, algunos de los valiosos bienes que fueron de Chaves, Vásquez & Compañía, en virtud de contratos que vamos a acusar de dolosos y de absolutamente nulos, por ilícitos y por contrarios a la ley.

"Vigésimo. **El ramo de Agencia**. Como ya lo habíamos insinuado, era una de las más importantes y más valiosas dependencias de Chaves, Vásquez & Compañía. Hablando de ella, decían los Administradores en el informe que acompañaron al primer balance semestral, practicado el treinta y uno de diciembre de mil ochocientos noventa:

'Como ustedes saben, desde tiempos anteriores, los actuales administradores de la Casa tenían establecida una agencia, cuyas ocupaciones principales eran la venta de barras de oro y plata en comisión, y la introducción y venta de útiles para minería. Como era natural, esa empresa quedó incorporada en la Casa; pero nos pareció conveniente que se manejara con cierta independencia, en cuanto a la caja y a la contabilidad, pues la descripción en los libros generales de las muchas y pequeñas operaciones a que da lugar, sería embarazosa, y no podría ser hecha con la rapidez que aquel negocio requiere. Para el manejo de la Agencia resolvimos tener un empleado especial, que denominamos agente, y al cual señalamos una remuneración de $ 70. Las grandes cantidades que aparecen en el balance en el **debe** y en el **haber** de la Agencia, muestran el mucho trabajo que esa sección ha tenido. En la mencionada cuenta cargamos el treinta y uno de diciembre, $ 3,513-18¾, a que ascendía el saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias en los libros especiales de la Agencia. Esa utilidad proviene, en gran parte, de la introducción y venta de útiles para minas, pues según el inventario formado en aquella fecha, los útiles existentes valían, calculados a precios prudentemente bajos, $ 13.106-85, y como el saldo deudor de la cuenta. Utiles para minas era $ 11,708-11, resultó una diferencia favorable de $ 1,398-74.'

"Ese ramo iba en prosperidad siempre creciente. En el informe de los mismos Administradores acompañaron al balance de treinta y uno de diciembre de mil ochocientos noventa y cinco, dijeron:

'La utilidad mencionada representa un interés de 24,54 por 100 anual sobre el capital de $ 20,373-80.

'Probablemente las utilidades del semestre son superiores a las que se han calculado próximamente.

'No fue posible hacer inventario formal, por haber estado enfermo desde el mes pasado, y no haberse restablecido aún por completo el empleado a cuyo cargo está la Agencia.

'El activo de la Agencia subió en ese semestre a $ 46,363-29¾. En el inventario de la sucesión del señor Chaves, practicado en esta ciudad el cuatro de agosto de

mil novecientos cuatro, no se inventarió la participación que el testador tenía en el ramo de la Agencia.

'Presentamos una relación de esa fecha de puño y letra del señor Vásquez B., reconocida por éste en posiciones, y que termina con una nota que dice:

'Debe advertírseles que de ellos (los herederos del señor Chaves) depende inventariar lo que la sucesión tiene en la Agencia.''

"¿Qué fin tuvieron los valores que representaba esa valiosa dependencia de la Casa de Chaves, Vásquez & Compañía?

"Se recordará que el veintisiete de noviembre de mil novecientos cinco, y por escritura número 2369, corrida ante el Notario 3º de este Circuito, los señores Vásquez B. y Vásquez Latorre y López, todos los tres socios, Administradores de aquella institución, totalmente los dos primeros, y parcialmente el último, organizaron la Sociedad colectiva de comercio denominada Vásquez, López & Compañía, con un capital de doscientos pesos en oro americano. Pues bien: tres días después, o sea el treinta del mismo noviembre, se presentaron ante el citado Notario los mismos señores (y Carlos Martínez, apoderado de los socios, Jesús Constaín y Bartolomé Chaves, omitieron los demandantes), y por escritura número 2387, de esa fecha, hicieron estas declaraciones:

'Que obrando Vásquez B. y Vásquez Latorre en su carácter de socios y de liquidadores de Chaves, Vásquez & Compañía, y López, particularmente, y como socio Administrador de Vásquez, López & Compañía, y con el objeto de apresurar la liquidación del ramo de Agencia de Chaves, Vásquez & Compañía, habían convenido en mutuo acuerdo, en vender los dos primeros a Vásquez, López & Compañía, representados por el último, lo siguiente:

'a) La mitad de un terreno con casa de tapias y tejas, situado en esta ciudad, inmediato a la carretera Norte, cuya otra mitad pertenecía a la Casa de M. Restrepo y Compañía, y cuyos linderos eran:

'Por el costado occidental, con la mencionada carretera; por el Sur, antes con propiedad del señor Juan Lalinde, y hoy con una calle que cruza de la carretera al camellón del cementerio de San Pedro, y por los otros dos costados, con propiedad del mencionado señor Juan Lalinde.'

'b) **Un crédito hipotecario** a cargo del señor Germán Wolff, constituído por escritura número 318, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, el tres de marzo de mil novecientos cinco, el cual ascendía el treinta de junio de este año, a $ 3,154-94 de oro americano; y

'c) Un crédito a cargo de Roberto Hernández, crédito que ascendía a $ 431-72 en oro, y a $ 39,905 en papel moneda.'

"Que como los señores Vásquez, López & Compañía **habían comprado todos los demás valores que tenían** Chaves, Vásquez & Compañía, en el ramo de Agencia, quedaba esta última Sociedad desprendida del todo de ese negocio y **cancelada en sus libros** la cuenta de Agencia.

"Que de la misma manera quedaba el señor Carlos E. López separado de la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía en el ramo de Agencia, de que hacía parte, conforme a la escritura número 1820, de diez y siete de julio de mil ochocientos noventa y nueve.

"Que esa venta se hacía por la cantidad de **doscientos pesos oro inglés** ($ 200), valor convenido como precio de los bienes vendidos, que los vendedores habían recibido de los compradores a su entera satisfacción.

"Que Chaves, Vásquez & Compañía, como cedentes de los mencionados créditos y **de todos los demás derechos que habían tenido en el ramo de Agencia, facultaban a Vásquez, López & Compañía para cobrarlos y para cobrar cualquiera otros que, procedentes de ese ramo, les correspondiera. Así como también para cancelar tales créditos cuando llegara el caso; pues cedían a Vásquez, López & Compañía todos los bienes, acciones y derechos, tanto activos como pasivos que tenían en su Agencia.**

"Que Vásquez, López & Compañía se hacían cargo de todo el pasivo de la Agencia, y en consecuencia, seguirían entendiéndose directamente con los acreedores de ésta para el pago de los créditos, y que el señor López dejaba constancia de que, mediante esa venta, quedaba definitivamente liquidado el citado ramo de Agencia, y que, por lo tanto, cesaban en todo y de esa fecha en adelante los efectos de los contratos y escrituras, mediante los cuales se habían hecho cargo de ese ramo.

"Que López había recibido en especie la parte que le había correspondido por utilidades, hasta el día de la liquidación, y que no le quedaba reclamación alguna qué hacer por razón de utilidades y honorarios.

"Ese fue el fin de la **próspera** Agencia de Chaves, Vásquez & Compañía. Otros de los valiosos bienes que formaban el patrimonio de Chaves, Vásquez & Compañía, eran éstos:

"1º Una casa de dos pisos, situada en la Calle de Colombia de esta ciudad, en que aquélla tuvo por muchos años sus oficinas; que estaba identificada por estos linderos:

'Por el Sur, con la citada Calle de Colombia; por el Oriente, con propiedad de la Sociedad de Hijos de Pablo Lalinde & Compañía y con propiedad de la Sociedad comercial denominada Hijos de Pablo Restrepo & Compañía, fincas que habían sido antes de Tomás Uribe Santamaría y Mariano Latorre E.; por el Norte, con el solar de la casa que era de Restrepos & Compañía, y por el Occidente, con casa de la sucesión de Carlos Vélez S., y que antes había sido de las señoras Mercedes y Bárbara Santamaría.

"2º Un terreno con diez casas pequeñas, de tapias y tejas, situado en esta ciudad, en el barrio de la Quebrada Arriba, y un pedazo de terreno en manga, comprendido todo por los siguientes linderos:

'Por el frente, una calle sin nombre, que comunica el barrio de la Quebrada Arriba o Vuelta de Guayabal, con la prolongación de la Calle de Colombia, arriba de la Plaza de Mercado Flores; por un costado, con la Calle de Colombia; por el centro, con terreno que era de Lope M. Montoya y Francisco Cadavid, y por el otro costado, con terrenos que eran del citado Cadavid y de Dolores González.'

"3º Un terreno con edificios de mediaguas de tapias y tejas, situado en esta ciudad, en la Calle de Cundinamarca, y alinderado así:

'Por el frente u Oriente, con la expresada calle y con solar de Emilio Restrepo G. y Miguel Vásquez B.; por el Norte, con terrenos de Emilio Restrepo G. y herederos de Pablo Lalinde; por el Occidente, con terrenos de los herederos del mismo señor Pablo Lalinde, y por el Sur, con la quebrada de **Santa Elena.**'

"De estos tres inmuebles, la casa de la Calle de Colom-

bia la habían adquirido Chaves, Vásquez & Compañía por compra al Banco de Bogotá, según escritura número 1401, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, el dos de noviembre de mil ochocientos noventa y cinco, por la cantidad de $ 36,000; el terreno de la Quebrada Arrriba, parte por remate en un juicio contra Rafael M. Hernández, verificado dicho remate el veintiséis de enero de mil ochocientos noventa y cuatro, ante el Juez 2º en lo Civil de este Circuito, y parte por compra a Fernández, Flórez & Compañía y presbítero Sebastián E. Restrepo, según escritura número 1049, pasada ante el Notario 1º de este Circuito, el seis de julio de mil ochocientos noventa y cuatro, y el terreno de la Calle de Cundinamarca, por compra a Juan de Dios Mejía, conforme a la escritura número 1993, corrida ante el Notario 3º de este Circuito el veinte de septiembre de mil novecientos cuatro.

"¿Cómo salieron esas fincas del patrimonio social de Chaves, Vásquez & Compañía? Es interesante averiguarlo.

El veintiocho de noviembre de mil novecientos cinco se presentaron ante el Notario 3º de este Circuito los señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez Latorre (y Carlos Martínez, como apoderado de Jesús Constaín y Bartolomé Chaves, omitieron los demandantes), y por medio de la escritura número 2378, de esa misma fecha, dijeron:

'Que obrando en su carácter de socios liquidadores de la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía, de quienes ellos y los herederos del señor Bartolomé Chaves, son los únicos dueños, y con el fin de adelantar la liquidación de la mencionada Sociedad, han convenido de común acuerdo, y en su carácter arriba expresado, en vender a los señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez Latorre, **en su carácter particular,** los siguientes bienes raíces, pertenecientes a la Sociedad Chaves, Vásquez & Compañía, en liquidación; y enumeran y describen luégo los tres inmuebles que acaban de especificarse. Agregan después que la venta la hacen Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez Latorre, socios y liquidadores de Chaves, Vásquez & Compañía, a Miguel Vásquez B. y a Carlos Vásquez Latorre, personas particulares, por estos precios, que los dos últimos han pagado a los dos primeros al contado: la casa de la Calle de Colombia, en veinte mil pesos; el terreno de la Quebrada Arriba, en dos mil, y el de la Calle de Cundinamarca, en mil quinientos, todos de oro inglés.'

"Para terminar este curioso instrumento, los vendedores le declaran a los compradores que en cuanto a evicción y saneamiento, aquéllos no le responden a éstos de las reclamaciones que pudieran intentar los anteriores dueños, poseedores de las fincas vendidas, pero que sí les responden de tales evicciones y saneamientos en lo tocante a los herederos legítimos o a los **pretendidos** herederos del señor Bartolomé Chaves, que aceptaban la venta y que ya están en posesión de los bienes que por esa escritura adquieren.

"Otro de los bienes raíces que pertenecía a Chaves, Vásquez & Compañía, es una casa de dos pisos, de ladrillos y tapias y tejas, situada en esta ciudad, en el punto denominado **La Palencia,** Calle de Colombia, cuyas puertas estaban marcadas entonces con los números 304, 306, 308, 310, 312, 314 y 316, comprendidas por estos linderos:

'Por el frente o Sur, con la Calle de Colombia; por el Occidente o parte de abajo, con una casaquinta de propiedad del señor Antonio José Gutiérrez, en una extensión de veintiuna varas cinco centésimos de vara, hasta una esquina en la cual tuerce el lindero en ángulo recto, y sigue lindando, por el Norte ya, con la misma casaquinta, en una extensión de unas siete varas cincuenta centésimos de vara, hasta otra esquina, en la cual tuerce de nuevo el lindero hacia el Norte, y sigue lindando por el Occidente en una extensión de seis varas sesenta y ocho centésimos de vara, hasta otra esquina, en la cual tuerce el lindero en ángulo recto hacia el Oriente, y sigue lindando por el Norte con la misma propiedad, en una extensión, poco más o menos, de cuatro varas noventa y tres centésimos de vara, hasta otra esquina, en que tuerce el lindero en ángulo recto hacia el Oriente, y sigue lindando por el Norte, con propiedad del señor vendedor (señor Antonio José Gutiérrez), en una extensión de ocho varas seis centésimos de vara, hasta otra esquina, en la cual tuerce el lindero en ángulo recto hacia el Sur, y sigue el lindero por el Oriente, en una extensión de treinta varas sesenta y ocho centésimos de vara con propiedad del mismo señor Gutiérrez, hasta salir al punto de partida en la Calle de Colombia, conforme al croquis levantado el veintiocho de febrero de mil novecientos diez y seis, por el señor Gonzalo Botero Ll.'

"En esta propiedad está incluída media paja de agua de la del Distrito, de diez líneas de diámetro, y la instalación eléctrica que tiene el edificio, siendo de advertir que el agua se entiende con su acueducto correspondiente. Se excluye parte del terreno o solar que acaba de alinderarse, a saber: 'la situada en la esquina Noroeste, alinde con el callejón de entrada a la casaquinta que limita la casa de que se trata. Dicho solar o terreno, que está en pesebreras o cuartos debajo del edificio, en una especie de sótano, y tiene una extensión, poco más o menos, de once (11) varas setenta y siete centésimas de vara por el lado de dicho callejón; por el costado Norte, siete varas cincuenta centésimas de vara; por el Oriente, once varas sesenta y cinco centésimas de vara, y por el Sur, siete varas sesenta y siete centésimas de vara. Por el edificio pasan las alcantarillas de desagüe de las propiedades del señor Antonio J. Gutiérrez.'

"Esta casa la había adquirido la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía por compra al señor Antonio J. Gutiérrez, conforme a la escritura número 550, corrida en la Notaría 3ª de este Circuito, el cuatro de marzo de mil novecientos diez y seis. Su precio fue el de diez mil pesos oro, que la Sociedad citada pagó al contado.

"¿Qué se hizo? Dos años más tarde, el veinticuatro de abril de mil novecientos diez y ocho, compareció el señor Miguel Vásquez B. ante el mismo Notario 3º de este Circuito, y obrando en su **carácter de socio liquidador** de aquella Compañía (y Federico Martínez y Francisco Antonio Escobar, apoderados de Jesús Constaín y Bartolomé Chaves, omitieron los demandantes), hizo por medio de la escritura número 877, de esa fecha, las siguientes declaraciones:

'Que con el fin de acelerar la liquidación definitiva de Chaves, Vásquez & Compañía, vendía a la Sociedad de comercio denominada Miguel y Carlos Vásquez & Compañía, representada en ese acto por su socio administrador señor Carlos Vásquez Latorre, la misma casa de la Calle de Colombia, que se acaba de alinderar, venta que hacía por la cantidad de ocho mil pesos oro, que tenía recibidos de éste a su satisfacción. El señor Vásquez Latorre declaró que aceptaba la venta a nombre de Miguel

y Carlos Vásquez & Compañía, y que éstos ya estaban en posesión del inmueble comprado.'

"Otro bien raíz que formaba parte del patrimonio social de Chaves, Vásquez & Compañía, era la mitad indivisa de una casa de habitación con su suelo correspondiente, media paja de agua, y demás mejoras y anexidades, situada en el barrio de El Llano, de esta ciudad, a inmediaciones de la carretera del Norte, y que lindaba:

'Por el costado occidental, con la mencionada carretera; por el Sur, con una calle que cruza de la carretera al camellón del cementerio de San Pedro, por terreno que fue antes del señor Juan Lalinde, y por los otros dos costados, con terrenos del citado señor Lalinde; por el frente, o sea el Oriente, con la expresada carretera; por el costado del Norte, con terrenos que pertenecían a María Jesús Arango de Muñoz; por el Occidente, con terrenos que eran de los herederos de Manuel Santamaría R., quedando una agua o zanjón de por medio, y por el Sur, con terrenos de Tomás Muñoz Arango.'

"Este lote de terreno lo adquirieron Chaves, Vásquez & Compañía por compras hechas a Enrique Uribe Gaviria y a Rafael Flórez.

"Consta de la escritura número 1893, otorgada ante el Notario 3º de este Circuito, el trece de septiembre de mil novecientos cinco, que en una licitación privada, que se verificó en las oficinas de Chaves, Vásquez & Compañía, el diez y ocho de agosto de ese año, se sacaron a remate las aludidas fincas; que abierta la licitación se presentó el señor Jorge Juan Orozco, y había manifestado que hacía propuesta por la finca de **La Ciénaga**, si se le daba plazo para el pago de ella, a lo cual se le había replicado que las condiciones de ese remate exigían que el pago se hiciera al contado; que en seguida se había presentado el señor Miguel Vásquez B. y había ofrecido por tal finca mil quinientos pesos oro inglés, y que como no había habido otra persona que se hubiera presentado y mejorara esa propuesta, se le había adjudicado.

"Que antes de levantarse la sesión, los señores Miguel Vásquez B. y Lucas Ochoa manifestaron que los remates que acababan de hacer eran por cuenta del expresado don Miguel y del señor Carlos Vásquez Latorre, la mitad para cada uno de los dos, y que a ellos debía otorgárseles la respectiva escritura.

"La expresada mitad la había adquirido la Sociedad de Chaves, Vásquez & Compañía, por compra hecha al señor Federico Vásquez U., conforme a la escritura número 2512, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, el cinco de agosto de mil novecientos uno. La otra mitad era de M. Restrepo & Compañía. El veinte de mayo de mil novecientos diez, y ante el mismo Notario 2º, se presentaron los señores Carlos Vásquez Latorre y Alberto Restrepo C., el primero como socio liquidador de Chaves, Vásquez & Compañía, y el segundo a nombre de M. Restrepo y Compañía, y declararon que vendían aquella casa a las Sociedades de Miguel Vásquez e Hijos, Angel, López & Compañía e Hijos de Pablo Lalinde. Así consta en la escritura número 664, otorgada en aquella fecha. De este modo la Sociedad de Miguel Vásquez e Hijos, de la cual era socio principal el señor Miguel Vásquez B., vino a quedar dueña de la tercera parte de ese inmueble.

"Otros de los bienes raíces de Chaves, Vásquez & Compañía, era una finca rural denominada **La Ciénaga**, situada en el Municipio de Támesis, sembrada en su mayor parte de café, y que dicha Sociedad adquirió en dos lotes, el uno en remate público, en ejecución con Ezequiel Arango, y el otro por compra hecha al señor Alberto Arango. Esa finca tenía los siguientes linderos:

"Primer lote.

'Por el pie, con el camino de servidumbre que conduce de **Las Mangas** a los terrenos de Juan Tangarife e hijos; por la cabecera, con el camino que de Támesis conduce a Nueva Caramanta; por el costado derecho, con terrenos de Juan Tangarife y Proto Montoya, o mortuoria de la esposa de éste; por el costado izquierdo, con un amagamiento a linde con Manuel Antonio Arango, hasta salir al camino de Támesis.'

"Segundo lote.

'Por el pie, con terreno de Manuel Antonio Arango y terreno de Chaves, Vásquez & Compañía; por la cabecera y costado izquierdo, con terreno de Manuel Antonio Arango, y por el costado derecho, con terreno del mismo señor Arango y terreno de Chaves, Vásquez & Compañía.'

"La otra finca era un lote de terreno situado en la carretera del Norte de esta ciudad, con una superficie de ciento dos mil trescientas setenta y una varas cuadradas, de las de ochenta y cuatro centímetros, alinderado así:

'Por el frente, o sea hacia el Oriente, con la misma carretera; por el costado del Norte,, con terrenos que pertenecían a la señora María de Jesús Arango de Muñoz; por el Occidente, con terrenos del señor Tomás Muñoz Arango.'

"El citado instrumento número 1893, de trece de septiembre de mil novecientos cinco, tuvo pues, por objeto, el que los dos socios liquidadores, Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez Latorre (y Carlos Martínez, apoderado de Constaín y Chaves, omitieron los demandantes), le transmitieron el dominio de esas dos fincas a Miguel Vásquez B. y a Carlos Vásquez L., en su carácter de personas particulares....."

Los demandados señores Miguel Vásquez B. y Carlos Vásquez L. contestaron en largos memoriales la demanda, oponiéndose a que se hagan las declaraciones en ella pedidas, manifestando a la vez que sólo prestan su asentimiento al contexto de las escrituras citadas por los autores; negaron los hechos principales, y desconocieron el derecho para demandarlos en su propio nombre y como representantes de las Sociedades colectivas de Vásquez, López & Compañía, Miguel y Carlos Vásquez & Compañía, y Miguel Vásquez e Hijos.

Manifestaron igualmente los demandados que las Sociedades de Vásquez, López & Compañía y de Miguel Vásquez e Hijos están disueltas y completamente liquidadas; que las otras están extinguidas, pero en el período de liquidación; y que el actor no ha demostrado que esas Sociedades existan. En el mismo escrito de contestación de la demanda alegaron los demandados las excepciones siguientes: caso fortuito o accidente inopinado, pérdida del derecho a reclamo por el transcurso del tiempo, y la genérica que establecía el artículo 52 de la Ley 105 de 1890. También manifestaron allí cuáles de las fincas compradas por ellos estaban en su poder; cuáles habían pasado a otras manos, y otros que fueron destruídas por incendio, ocurrido en Medellín en octubre de mil novecientos veintiuno, y, finalmente, advirtieron que existe un error, que menciona la escritura número 664, de veinte de mayo de mil novecientos diez, Notaría de Me-

dellín, error consistente en que, cuando se elevó a escritura pública el contrato que dicho instrumento determina, no fueron los señores Chaves, Vásquez & Compañía quienes comparecieron a hacer la venta, como erradamente se dice allí, sino que quienes consumaron esa venta fueron los señores Vásquez, López & Compañía, Sociedad a que pertenecía a la sazón tal inmueble.

Adelantado el juicio en forma legal, el Juez de Medellín le puso término con la sentencia de fecha siete de diciembre de mil novecientos veintiséis, en que absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda. Apelado este fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Medellín lo confirmó por el suyo, de veinte de junio de mil novecientos veintinueve.

El apoderado de los demandantes ocurrió en casación; el recurso es admisible, y por ello procede la Corte a decidirlo.

Se alegó la causal primera, y se acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, ya directamente, ya por interpretación errónea e indebida aplicación de ella al caso del pleito, ya por errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas. La demanda contiene varios extremos:

Extremo 1.

Violación de los artículos 1741 del Código Civil; 95 (15, debió decirse) de la Ley 95 de 1890 y 537 del Código de Comercio: la primera por haberla interpretado erróneamente, y no haberla aplicado debidamente al caso del pleito, y las demás, por no haberlas aplicado rectamente, siendo el caso de aplicarlas, y haber declarado en fuerza de ellas la nulidad absoluta de los contratos materia de la demanda.

En cuanto a la violación del artículo 2170 del Código Civil, dice el recurrente que el error principal del Tribunal consiste en sostener que los contratos efectuados por un mandatario contra la prohibición establecida en dicha disposición, sólo están afectados de nulidad absoluta. Se refiere el recurrente a estos conceptos del Tribunal:

"El caso que se contempla no puede regirse por la disposición del artículo 2170 del Código Civil, que entraña, como se ha visto, una nulidad relativa, susceptible de ser ratificada por el mandante."

Y a este otro:

"La ley sólo reconoce a los actos ejecutados por el liquidador, contra lo que expresa el mandato, los efectos de la nulidad relativa. Al reconocimento de ésta se opone, como lo expresa el artículo 2170, la aprobación del mandante."

Considera el recurrente que el Tribunal incurre en grave error, puesto que la nulidad de que se trata no es relativa sino absoluta, porque el artículo 1741 del Código Civil establece que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad proveniente de la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas, son nulidades absolutas; que según el artículo 1502 de la misma obra, son condiciones necesarias para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Que cuando hay falta absoluta de consentimiento, no hay contrato, y cuando, como en el caso de autos, una misma persona interviene como vendedora y compradora, no hay consentimiento, porque, como dicen algunos expositores, una persona puede querer sola pero no puede consentir sola, porque el consentimiento es concurso de voluntades. Que también hay entonces objeto ilícito, porque el artículo 1523 del Código Civil dice que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Que el artículo 2170 del Código Civil contiene una prohibición, basada en que la ley no quiere que una misma persona asuma en un contrato caracteres incompatibles, y ha querido proveer eficazmente a la defensa del mandante, prohibiendo aquellos actos en que peligra la imparcialidad del mandatario, según se ve de disposiciones como las de los artículos 501, 1855, 1852, 1854, 1856 del Código Civil, y 87 y 1112 del Código de Comercio. Que a esa prohibición del artículo 2170 no se opone la circunstancia de decir la misma disposición: "si no fuere con aprobación expresa del mandante"; porque cuando hay aprobación del mandante, continúa el recurrente, es éste mismo el que da su consentimiento, el que efectúa en realidad el acto o contrato, y entonces desaparece el motivo de la prohibición; que lo que la ley prohibe en forma expresa es que el mandatario se venda a sí mismo una cosa del mandante.

Que respecto de capacidad—continúa el recurrente—el artículo 1504 del Código Civil establece tres clases de incapacidades: absolutas, relativas y accidentales. En el primer caso hay nulidad absoluta, y en el segundo relativa, pero que en el inciso 4º de esta disposición, en relación con el artículo 2170 del Código Civil, hay una incapacidad accidental que es absoluta, según opinión de un expositor colombiano. Por último, alega el recurrente que no puede argüirse que es propio de la nulidad relativa el poderse sanear por la ratificación de las partes, y que en el caso del artículo 2170 del Código Civil, se admite la ratificación del mandante, porque en esto hay una confusión, pues, que cuando el mandante da su aprobación a un contrato celebrado en las condiciones a que se refiere el artículo 2170 citado, lo que hay es prestación de un consentimiento, que el mandante no había dado, de un acto nuevo, y en el caso de que se trata había falta completa de consentimiento. Por consiguiente, concluye el recurrente, si la violación del artículo 2170 produce nulidad absoluta y no relativa, como dice el fallo, el Tribunal lo violó, interpretándolo erradamente, lo mismo que los artículos 1502, 1504, 1741 del Código Civil; 15 de la Ley 95 de 1890, y 537 del Código de Comercio, por no haberlos aplicado, siendo el caso de aplicarlas, y en apoyo de ellas haber declarado la nulidad absoluta demandada.

Se considera:

Sin entrar a estudiar si es o nó jurídica la tesis del Tribunal en cuanto a la representación del liquidador en los períodos de la liquidación de una sociedad, como lo hace el sentenciador, observa la Corte que en cualquiera de ellos, y no tratándose de actos o contratos de los liquidadores que vayan en perjuicio de terceros, la voluntad unánime de los socios, como dueños que son del haber social, es la que decide o prevalece. De modo que si los socios unánimemente autorizan que el liquidador compre los bienes sociales o aprueban esas compras expresamente, no puede haber en tales actos o contratos nulidad de ninguna clase. Tratándose de actos o contratos verificados por los liquidadores, sostienen los expositores de Derecho Mercantil, que pueden ser aprobados por los socios unánimemente, por supuesto, en cuanto no lesionen intereses de terceros. Lyon Caen y Renault, en su **Tratado de las sociedades mercantiles**, dicen:

"El mandato dado al liquidador implica, a menos de prueba en contrario, que no tienen poder de ceder el activo entero de la Sociedad a otra persona. Tal cesión es exclusiva de la liquidación, que exige el consentimiento unánime de los socios. Pero ese poder puede ser dado al liquidador, sea por el contrato mismo de la sociedad, sea por el acto de nombramiento de aquél. También puede darse en el curso de la liquidación por acuerdo unánime de los asociados."

Si, pues, conforme a estos principios y a esta doctrina, los contratos celebrados por los liquidadores en el curso de la liquidación, pero fuera del mandato social que han recibido, pueden ser aprobados por los socios unánimemente, es porque son permitidos, y por consiguiente, no hay nulidad en ellos, y menos absoluta. De ahí que la Corte estime que al decir el Tribunal que no habiéndose alegado que los contratos materia de la litis perjudicaban a terceros, no hay nulidad absoluta, no incurrió en error, y en cuanto a la autorización y aprobación expresa de ellos por los mandantes, se observa:

En las diligencias de reconocimiento de la correspondencia de los demandantes con su apoderado Martínez (folios 52 y 53 del cuaderno de pruebas de los demandados en segunda instancia), manifestó el señor Jesús Constaín que no le prestaba su asentimiento al contenido de las cartas que se le presentaron, por estar en copia, pero reconoció como suya la firma de él, puesta en las cartas que obran en el legajo número 4. Entre esas cartas figuran las de veintiocho de febrero y veintinueve de abril de mil novecientos cinco, en que el señor Constaín se manifiesta sabedor de que los señores Martínez le hubieran aceptado el poder que les había enviado para que, en nombre de su esposa, lo reperesentaran en la liquidación de Chaves, Vásquez & Compañía; que con el señor Buenaventura Chaves le mandaban, además, instrucciones para que, no obstante las amplias facultades contenidas en los poderes, no tuvieran dificultad en esa liquidación y en la venta que ya se proyectaba de la casa y solares de la casa en liquidación, y que ocupaba el señor De Greiff; las de siete de febrero y nueve de mayo del mismo año, en que Constaín repite a su apoderado que ese poder era amplísimo, y que sólo le llamaba la atención a las instrucciones especiales contenidas en la segunda de dichas cartas, instrucciones en las cuales no está la prohibición de vender a los liquidadores; que urgía la venta de aquella casa y solares, por haber adquirido Constaín compromisos de pronta solución. La de nueve de junio del mismo año, en que confirma todo lo anterior, y agrega el señor Constaín que en cuanto a los dineros de la Agencia, confía en el criterio y buena práctica de su apoderado Martínez, para solucionarlo, por ser difícil adoptar entonces una solución definitiva.

En carta de diez y nueve de junio manifiesta el señor Constaín a sus apoderados Martínez, que ha resuelto quedarse con la casa de las oficinas; pero en carta de catorce de agosto de mil novecientos cinco, les dice que ha resuelto venderla. En la de veintiséis del mismo mes, que quedó impuesto de haberse rematado por los señores Vásquez, por el avalúo, las fincas de Támesis y el terreno de la carretera, y que "quizá haya luégo mejores postores." Además, en la carta de doce de septiembre de mil novecientos cinco, dice el señor Constaín a su apoderado que "nada tiene qué objetar a los remates hechos por los señores Vásquez de esas dos fincas," y que "de seguro el mejor partido es vender lo restante a los señores Vásquez, aunque de ningún modo parece aceptable darles prórroga sin intereses." En esa misma carta avisa recibo el señor Constaín de las cartas de los señores Martínez, de fechas veintidós y veintinueve de agosto de mil novecientos cinco, en que le hacían saber la propuesta detallada de los señores Vásquez de tomar las demás propiedades de Chaves, Vásquez & Compañía, haciéndole presente el apoderado Martínez que no convenía aceptarles el pago de tales fincas a plazo sin interés, indicación que aceptó Constaín en la carta de veintiséis de agosto.

Por último, las cartas de veinte de enero, quince de marzo y veinticuatro de abril de mil novecientos seis, en que el señor Constaín habla del recibo de los contados y valores de las propiedades que tomaron los señores Vásquez, y del destino que les dio para atender giros a su cargo; cartas confirmadas en telegramas de veintisiete de octubre y primero de diciembre de mil novecientos cinco.

Además, en posiciones que absolvió el señor Jesús Constaín, en febrero de mil novecientos veintiséis, contestó afirmativamente las preguntas cuarta, quinta y sexta, sobre el hecho de haber mantenido abundante correspondencia epistolar y telegráfica con su apoderado Martínez, que se firmaba unas veces **Tirmanez**, otras, **Carlos Martínez, y Martínez Hermanas**, otras; de haberle dirigido el mismo absolvente a dicho apoderado correspondencia con iguales direcciones; de haberlo impuesto el expresado apoderado de lo sustancial de los fenómenos ocurridos en la liquidación de Chaves, Vásquez & Compañía, aunque el absolvente hizo presente en la respuesta que, a su juicio, no se le dio cuenta completa de la manera como se verificó el traspaso de las propiedades a los liquidadores. También contestó afirmativamente el señor Constaín la posición 2ª, en que se incluyeron las cartas cruzadas entre él y su apoderado Martínez, por las cuales, entre otras cosas, le daba cuenta dicho apoderado del estado de la liquidación, de haberse puesto en remate público las fincas raíces y muebles, pidiéndole instrucciones al respecto; de haber querido primero el señor Constaín y el señor Buenaventura Chaves, tomar algunas de esas propiedades; de haber resuelto éstos en seguida no tomar tales fincas; de haber aprobado Constaín el remate de las dos primeras fincas, hecho por los señores Vásquez; de la propuesta que hicieron al apoderado Martínez dichos señores, de tomar las demás propiedades de Chaves, Vásquez & Compañía, a lo cual respondió el señor Constaín aceptando la propuesta, con la sola restricción de no concederles plazo para el pago, sin abonar siquiera el doce por ciento (12 por 100) de interés, y, por último, de haber dispuesto Constaín de esos valores, en giros a su cargo, que pagó su apoderado Martínez.

Por lo que hace al demandante Buenaventura Chaves, aparece que, si bien dijo que no prestaba asentimiento al contenido de las cartas que se le presentaron como dirigidas por él a su apoderado Martínez, reconoció que las firmas puestas al pie de cada una de las cartas del legajo número 5, que se le puso de presente, eran las que acostumbraba en sus actos públicos y privados.

Entre ellas figuran: la de diez y nueve de julio de mil novecientos cinco, en que el señor Chaves avisa a su apoderado recibo de la de diez y seis de mayo del mismo año, en que su apoderado Martínez le daba cuenta de que se iban a rematar varias propiedades de la casa en liquidación, por si el señor Chaves quería tomarlas; y la segunda, en que el mismo señor Chaves le dice que si don Miguel quiere tomar la casa, puede hacerlo, porque

dice Chaves les es imposible tomar fincas por no poderlas administrar. En la misma carta dice el señor Chaves a su apoderado Martínez, que sus instrucciones para la liquidación son las mismas del señor Constaín; la de cuatro de noviembre de mil novecientos cinco, referente a la de doce de septiembre del apoderado Martínez, en que éste le da cuenta de haberse rematado dos propiedades de la casa por los señores Vásquez, y de la propuesta que los mismos hacían, de tomar las demás propiedades y la existencia de mercancías que correspondían al señor Constaín y al señor Chaves en los negocios de la Agencia; en esa misma carta, de cuatro de noviembre, se refiere el señor Chaves a la de diez y siete de octubre del mismo año, del señor Martínez, en que también le había hablado de la propuesta de los señores Vásquez. En la carta citada dice el señor Chaves que no dará respuesta hasta no ponerse de acuerdo con el señor Constaín. En la carta de catorce de noviembre de mil novecientos cinco, vuelve el apoderado Martínez a hablarle al señor Chaves sobre los términos de la propuesta de los señores Vásquez, y de lo que en cada contado correspondería al señor Chaves en la venta de esas propiedades, que era la cantidad de tres mil seiscientos cuarenta y un pesos sesenta y siete centavos ($ 3,641-67), y en la carta de nueve de diciembre de mil novecientos cinco, le dice el señor Chaves a su apoderado Martínez: que "al recibir los primeros $ 3,641-67, se servirá pagarse su cuenta, y enviarle al señor Indalecio Gómez la suma de $ 193-200." Además, en la carta de treinta y uno de diciembre de mil novecientos cinco, dice el señor Chaves a su apoderado Martínez: que "los dos últimos contados de seis meses, y de doce, los pondrán los Chaves, Vásquez a la orden de Chaves Hermanos, que representaban —dice—el haber de Dolores Orozco de Chaves."

Además: en posiciones que absolvió el señor Chaves en febrero de mil novecientos veintiséis, en este juicio, después de reconocer que tuvo abundante correspondencia epistolar y telegráfica con su opoderado Martínez, en que éste se firmaba unas veces **Tirmanez**, otras, **Carlos Martínez y Martínez Hermanos**; que hubo necesidad de vender la mayor parte de las propiedades de Chaves, Vásquez & Compañía, dice que "aceptaron lo hecho por nuestros apoderados, porque confiábamos en su honorabilidad," pero que una vez que advirtieron el error en que estaban, le retiraron esa confianza, y por eso surgió el presente juicio. En las mismas posiciones dice el señor Chaves no haber recibido la carta de doce de septiembre de mil novecientos cinco, de los señores Martínez, en que éstos le daban cuenta de la venta de parte de las propiedades a los señores Vásquez, y en que le anunciaban también la propuesta de los mismos señores Vásquez, de tomar o comprar las demás fincas de Chaves, Vásquez & Compañía; pero en la carta de cuatro de noviembre del mismo año, que el señor Chaves reconoció estar autorizada con su firma, declaró haber recibido la expresada carta de doce de septiembre, y no es exacto que, como dice el señor Chaves en las posiciones de que se trata, ya se hubiera consumado el negocio de las últimas propiedades, porque éste se escrituró en veintiocho y treinta de noviembre de dicho año, las de los puntos a) y c) de la demanda. La otra venta fue en abril de mil novecientos diez y ocho, cuando ya los apoderados Federico Martínez y Francisco A. Escobar tenían plenos poderes de los demandantes hasta para vender bienes raíces.

Habiendo dicho, tanto el señor Constaín como el señor Buenaventura Chaves, en la diligencia de reconocimiento, que reconocían su firma puesta en la correspondencia dirigida por ellos al señor Martínez, su apoderado, no obstante estar en copia las cartas, la Corte interpreta que con esa manifestación quisieron los demandantes expresar que reconocían su firma en los originales de dichas cartas. Y siendo esto así, no puede desconocerse que autorizaron las ventas hechas por sus apoderados a los liquidadores, y que les dieron su aprobación expresa, según esa correspondencia; pues, además, recibieron el valor de dichas propiedades, y por consiguiente no existe la nulidad demandada de dichos contratos, ni la violación del artículo 537 del Código de Comercio.

Pero arguye el recurrente que hay error del Tribunal, con el cual violó el artículo 2170 del Código Civil, al estimar que, no obstante ir los contratos materia de la litis contra la prohibición establecida en esta disposición, sólo están afectados de nulidad relativa, y también los artículos 1741, 1502, 1504 y 1523 del Código Civil, porque la primera de estas disposiciones establece que la nulidad producida por objeto o causa ilícita, y la emanada de la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para la validez de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o celebran, son nulidades absolutas, que en este caso faltaron el consentimiento y la capacidad de los contratantes, y que, además, existe en él la prohibición accidental que establece el artículo 1504 del Código Civil, y objeto ilícito.

A esto observa la Corte que la prohibición consagrada en el artículo 2170 del Código Civil no acarrea nulidad absoluta, sino relativa, desde el momento que permite la ratificación o aprobación del acto o contrato por el mandante, lo que no ocurre en el caso de nulidad absoluta, conforme al artículo 1741 del Código Civil, porque se trataría entonces de extralimitación de facultades del apoderado constituído que no engendra nulidad absoluta, sino relativa, según lo ha declarado la Corte, como se ve en la sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos veinte (tomo XXVIII, página 70 de la **Gaceta Judicial**). Porque para que fuera el caso de aplicar el artículo 1741 del Código Civil, sería preciso que la materia sobre que trataron los liquidadores fuera prohibida, o sea en realidad los derechos de los socios Constaín y Chaves, lo que no puede reconocerse, porque no resulta de ningún texto legal, y, por consiguiente, era materia autorizada por el principio de la libertad de contratar. No hubo falta de consentimiento de los demandantes, porque lo prestaron sus apoderados, según se ve de la intervención de éstos en cada uno de los contratos; esto sin tener en cuenta que en la demanda no se atacaron los contratos, sino por dolo y objeto ilícito. Tampoco se trata de falta de capacidad accidental, en el caso del artículo 1504 del Código Civil, porque esta incapacidad accidental, por disposición del artículo 1856 de la misma obra, se rige por el artículo 2170 ibídem, que, como ya se dijo, deja el acto o contrato a la autorización o aprobación del mandante. Por eso no proceden los cargos anteriores.

Extremo 2.°

Violación de los artículos 537 y 540 del Código de Comercio.

Se refiere este cargo al siguiente paso de la sentencia: "Si se acepta la tesis sostenida en el fallo de primer

grado, de que el liquidador es mandatario exclusivo de la Sociedad, y se atiende a que ésta queda extinguida de derecho por su disolución, se va al extremo de aceptar la existencia de un mandato en ejercicio sin mandante. Si en el estudio de este punto se parte del rígido principio de que el liquidador sólo es mandatario de la Sociedad, y se desconoce el vínculo que une a los socios con el mandato del liquidador, necesariamente se llega a la conclusión de que el artículo 2170 del Código Civil no tiene aplicación respecto a los actos del liquidador, y esto en razón de que en tal supuesto no existe persona natural o jurídica que dé aprobación a los contratos que haya verificado el mandante (sic) (el mandatario, debió decirse), fuera de las cláusulas del mandato."

Arguye el recurrente que en esto hay una confusión del Tribunal, pues que, si conforme al artículo 537 del Código de Comercio, el liquidador es mandatario de la Sociedad, hay en consecuencia, y contra lo que dice el Tribunal, un mandatario, que es el liquidador, y un mandante, que es la Sociedad en liquidación, que subsiste mientras ésta dure. Que, por otra parte, el artículo 540, ordinal 6°, del Código de Comercio, establece que el liquidador está obligado a vender los bienes sociales; luego, continúa el autor del recurso, estos bienes pertenecen a la Sociedad y no a los socios, como el mismo Tribunal lo reconoce más adelante, cuando dice que "no hay que perder de vista que el activo social en la liquidación es considerado siempre como que pertenece a la Sociedad y no a los socios.'

Por consiguiente—concluye el autor del recurso—en el caso, los bienes pertenecían a la Sociedad en liquidación, y al venderlos, obraron los liquidadores como mandatarios de la Sociedad, y por consiguiente, sí hay un mandante y un mandatario, y tiene aplicación el artículo 2170 del Código Civil, que el Tribunal, por error, consideró inaplicable, y en este concepto lo violó, lo mismo que los artículos 537 y 540 del Código de Comercio.

Se considera:

El Tribunal no ha dicho que el liquidador no sea mandatario de la Sociedad, para que así hubiera violado el artículo 537 del Código de Comercio. Lo que ha dicho es que el liquidador no es mandatario exclusivo de la Sociedad, pues que en cuanto se trate de operaciones que miran al interés de los socios, es decir, de sus derechos, el liquidador representa también a los socios. Este concepto no es erróneo, porque tiene su apoyo en la última parte del artículo 537 del Código de Comercio:

"Si el liquidador responde de su administración dolosa y culpable a los socios, es porque los representa."

Extremo 3.°

Violación del artículo 2170 del Código Civil.

Dice el recurrente que la sentencia reconoce que en los contratos materia de la litis el liquidador obró en nombre de los socios, cuando dijo que "no puede considerarse que los bienes sociales, inmediatamente después de la disolución, pertenecen en común a los asociados; tales bienes pertenecen a la Sociedad hasta la terminación del pago del pasivo; así, el liquidador que los vende en el primer período de comunidad, obra como mandatario de la Sociedad; si ello ocurre en el siguiente período, obra a nombre de los socios, y ello por la razón de que, terminados los negocios de la Sociedad, realizando el activo necesario para la extinción de las deudas y cubierto íntegramente el pasivo, el estado de la liquidación termina, la Sociedad como persona jurídica deja de existir. A este estado de la liquidación sigue la indivisión entre los socios, y comprende tanto los bienes muebles como los inmuebles."

Arguye el recurrente que, según esto, el liquidador, en los contratos a que se refiere el juicio obró como mandatario de los socios, y vendió bienes pertenecientes a éstos; que aceptando esta tesis del Tribunal, entonces los liquidadores, mandatarios de los socios, compraron bienes pertenecientes a éstos, contra la prohibición establecida en el artículo 2170 del Código Civil, y así debió el Tribunal declarar esa nulidad, que es absoluta, y como no lo hizo, violó esta disposición por no haberla aplicado al caso del pleito.

Se observa:

Aunque no se aceptara que los liquidadores durante la liquidación son también mandatarios de los socios, y que en este carácter obraron los liquidadores al comprar los bienes de los demandantes, como lo expresa el Tribunal, no por eso puede reconocerse la violación del artículo 2170 del Código Civil, porque ya se vio que esta disposición deja a salvo las compras hechas por el mandatario con la aprobación de los mandantes, y aquí se efectuó no sólo la autorización de los demandantes para esas compras, sino que las aprobaron expresamente. Por eso no procede el cargo.

Extremo 4.°

Violación de los artículos 2158, 2159 y 2169 del Código Civil, sobre facultades del mandatario.

Dijo el Tribunal:

"La sola intervención que asumieron los distintos apoderados de los demandantes, distinguida por la amplia facultad dada por los actores, dice el fallo, destruye los motivos de acusación de la demanda."

Anota el recurrente que en otra parte dice la sentencia que la autorización de los socios a los liquidadores "aparece plenamente comprobada."

Arguye el autor del recurso que es preciso tener en cuenta que cuando el mandante autoriza al mandatario para comprar bienes que le ha ordenado vender, lo que hay en realidad es una venta del mismo mandante a la persona a quien había designado como mandatario, y que ello implica, además, según el artículo 2170 y otros del Código Civil, revocación del mandato. Que la intervención de los socios en los contratos acusados de nulos, conforme a la demanda, implica un acto dispositivo de tales socios; que éstos no intervinieron en dichos contratos, sino sus apoderados, y el Tribunal considera que la intervención de éstos es suficiente, sin tener en cuenta, anota el recurrente, que los poderes conferidos a los apoderados, y que constan en las escrituras números 186, de seis de febrero de mil novecientos cinco, Notaría de Manizales, y 133, de veintidós del mismo mes y año, eran para actos administrativos, y no contienen facultad para efectuar actos dispositivos.

Que siendo esto así, el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de las escrituras mencionadas, y en error de derecho en la apreciación de tales pruebas, al estimar que un mandato para actos administrativos da facultad para actos dispositivos o de enajenación. Por último, dice el recurrente, si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores anotados, habría declarado que los socios no intervinieron ni estuvieron representados en los contratos, y habiendo declarado lo con-

trario, violó directamente las disposiciones antes citadas, por haber resuelto en contra de ella que en los contratos estuvieron representados los demandantes por apoderado, siendo así que los poderes no facultaban a los apoderados para estos actos, y las violó por no haberlas aplicado siendo aplicables, y por los errores de hecho y de derecho antes indicados.

Se considera:

Por lo que hace al argumento de que el artículo 2170 del Código Civil contempla el caso de que el mandante venda directamente al mandatario lo que le había ordenado vender o comprar, observa la Corte que esta disposición no solamente contempla ese caso, sino también aquellos en que el mandante aprueba expresamente lo que el mandatario ha hecho o va hacer, pero sin que intervenga personalmente el mandante, y en que la aprobación es una ratificación, cuya falta da lugar a nulidad relativa. De otro lado, el Tribunal no deduce la aprobación dada por los demandantes a los contratos materia de la litis, de los solos poderes conferidos a sus apoderados en las escrituras públicas a que se contrae el recurrente, sino también de la abundante correspondencia epistolar y telegráfica, cruzada entre los demandantes y sus apoderados. Así aparece del paso siguiente del fallo:

"Dedúcese de esta relación, basada en las pruebas que obran en el juicio, que los demandantes, además de haber dado amplias facultades a sus apoderados para proceder a la rápida liquidación de la Sociedad, asintieron, puede decirse, con su aprobación anticipada y expresa, a cada una de las operaciones realizadas por los liquidadores. En efecto, de la nutrida correspondencia epistolar y telegráfica cruzada entre apoderados y mandantes, y reconocida además por los actores, consta que los segundos (los primeros, debió decirse), suministraron datos anticipados de las ventas, y que los primeros (los segundos, debió decirse), aceptaron las bases propuestas unas veces, y las modificaron otras, verificándose siempre todas las enajenaciones, previo acuerdo unánime de los socios, sin que aparezca de esa fuente de información ni de ninguna otra del proceso, dato alguno del cual pueda deducirse el hecho de que los liquidadores obraron a espaldas de los socios, y menos que usaran de engaños o artificios tendientes a causar, en provecho propio o de los terceros, daño a los intereses de la Sociedad que representaban. Una transcripción parcial y ordenada de esa correspondencia, pondría de manifiesto, como base firme, la comprobación irrefragable del asentimiento expreso que los señores Buenaventura Chaves y Jesús Constaín, éste en representación de su esposa, dieron a todos y a cada uno de los actos de enajenación que consumaron los liquidadores. Y como en este motivo, observa la Corte, no se ataca esa apreciación, sino en el siguiente, no puede por ello reconocerse el que se considera.

Extremo 5.°

Violación de los artículos 693 y 695 del Código Judicial que dejó de regir, artículo 43 del Código de Comercio y 2170 del Código Civil.

Dice el recurrente que en apoyo de la tesis de que los socios aprobaron los contratos hechos por los liquidadores, el Tribunal aduce la correspondencia epistolar y telegráfica cruzada entre los socios y los apoderados de éstos, como se vio en el aparte transcrito en el cargo anterior, sin reproducir esa correspondencia, y que, "conforme al artículo 693 del Código Judicial derogado, "la misma fuerza de confesión sobre el contenido de cartas y otros papeles tendrá el reconocimiento que de ellos haga una de las partes en el juicio y durante el término probatorio"; y según el artículo 695 ibídem, "los documentos privados deben presentarse originales para que tengan el valor que en este capítulo se les da."

Conforme a estas disposiciones—continúa el autor del recurso—para que el Tribunal hubiera podido apreciar como pruebas las mencionadas cartas y papeles, hubiera sido preciso que éstas se hubieran presentado originales, y que como no fueron, al apreciar tales pruebas incurrió el sentenciador en manifiesto error de derecho, puesto que dio a la correspondencia de los señores Chaves y Constaín, con sus apoderados, un valor que no podía darles, conforme a la ley, y con ese error violó las disposiciones del Código Judicial citadas, y también el artículo 43 del Código de Comercio, porque las cartas del apoderado de los demandantes, señor Martínez, fueron tomadas del libro copiador de cartas de dicho señor, y los libros de comercio hacen fe, pero en las causas mercantiles que los comerciantes agiten entre sí, y aquí no se trata de pleito entre los señores Chaves y Constaín y el apoderado Martínez; y, por consiguiente, al darle valor el Tribunal a tales cartas, incurrió en error de derecho. Que en el supuesto de que se admitiera que esa correspondencia es admisible como prueba, como en ella no aparece en forma alguna que los señores Constaín y Chaves hubieran autorizado y dado su aprobación a los contratos celebrados por los liquidadores, y a que se refiere la demanda, el Tribunal incurrió también en manifiesto error de hecho, con el cual violó aquellas disposiciones.

Por último —dice el recurrente—que si el Tribunal no hubiera cometido tales errores, habría tenido que llegar a la conclusión de que los señores Chaves y Constaín no dieron autorización ni aprobaron los contratos en litis, y que así era aplicable el artículo 2170 del Código Civil, que como no lo aplicó, lo violó también.

Se considera:

Ya se dijo que tanto el señor Jesús Constaín como el señor Buenaventura Chaves, demandantes, reconocieron como suyas las firmas que aparecen en la correspondencia que se les puso de presente, y dirigida por ellos a sus apoderados, no obstante estar en copia, y que esa manifestación de reconocimiento no puede interpretarse de otro modo que en el sentido de que tales señores reconocieron que sus firmas fueron puestas por ellos en los originales de esa correspondencia. Siendo esto así, no puede reconocerse que el Tribunal hubiera incurrido en error de derecho, al tener como prueba tal correspondencia, sobre autorización y aprobación por parte de los demandantes a las compras hechas por los liquidadores, y que con tal error hubiera violado los artículos 693 y 695 del Código Judicial anterior, porque habiéndose hecho el reconocimiento de las firmas puestas en las cartas, para que pudiera darse por no reconocido su contenido, habría sido preciso que se hubiera redargüido éste de falso, para que la parte opuesta hubiera probado su legitimidad, conforme al artículo 694 del mismo Código, lo que no se hizo, y además no han aducido los demandantes razones de las cuales pueda inferirse que es infiel el contenido de dichas copias, tomadas por un funcionario público, como es el Secretario de un Juzgado, y con citación de la parte contraria en el juicio.

En cuanto a la violación del artículo 43 del Código de

Comercio, por la apreciación de la correspondencia del apoderado Martínez, observa la Corte que, además de ser improcedente, porque esta disposición no se refiere al libro de correspondencia sino a los libros de que tratan los artículos 31 a 38 de dicha obra, no viene al caso, porque sólo se tiene en cuenta la correspondencia de los demandantes con su apoderado, y de la cual aparecen, como ya se vio, la autorización y aprobación expresa de todos los contratos materia de la litis.

Por último, si de la correspondencia considerada aparece la autorización y aprobación expresa de los demandantes a los contratos celebrados con los liquidadores, no existe el error de hecho alegado en este cargo y la violación de las disposiciones legales citadas en él.

Extremo 6.°

Violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Arguye el recurrente que uno de los errores del Tribunal consiste en sostener que la intervención de los demandantes en los contratos que se acusan de nulos, les impedía alegar la nulidad absoluta, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890; pues que si el Tribunal considera que los demandantes intervinieron personalmente en los contratos, incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de tales contratos, mencionados en el punto primero del libelo, porque los socios no intervinieron personalmente, lo que llevó al Tribunal a violar dicha disposición; y si el sentenciador consideró que por haber intervenido los apoderados de los socios, no pueden éstos alegar la nulidad, interpretó erróneamente la misma disposición, porque la intervención de los mandatarios en los contratos nulos, no quita al mandante la facultad de alegar la nulidad de los contratos, máxime, agrega el autor del recurso, en el presente caso esos apoderados no tenían facultades para celebrar contratos de esa clase, y por ese aspecto el Tribunal violó la citada disposición, por errada interpretación.

Se considera:

El concepto del Tribunal a que se refiere el recurrente, además de hallarse en la parte motiva de la sentencia, que no influyó en la resolutiva, es hipotético, o sea para el caso de que existiera la nulidad absoluta alegada en la demanda; pero como en la parte resolutiva del fallo no se reconoce ninguna clase de nulidad, no es necesario entrar a estudiar si los demandantes podían alegarla o nó en el caso. De ahí que la Corte estime improcedente dicho cargo.

Extremo 7.°

Violación de los artículos 2157, 2159, 2186 y 2170 del Código Civil.

Anota el recurrente que el Tribunal dice que "es indiscutible la expresada autorización que dieron los socios por medio de sus apoderados para que los liquidadores intervinieran directamente como compradores de algunos bienes destinados a la liquidación."

Según esto—arguye el autor del recurso—el Tribunal considera que la intervención de tales apoderados es la misma que la intervención de los socios, lo cual es un error—dice—porque conforme a los poderes dados en las escrituras números 186, Notaría de Manizales, y 133, del mismo año, Notaría de Pereira, la facultad conferida a los apoderados de los demandantes estaba limitada a intervenir en la liquidación de Chaves, Vásquez & Compañía, pudiendo nombrar peritos, en cuanto lo requirieran los liquidadores, según la escritura número 995 de mil ochocientos noventa y cuatro, Notaría de Medellín, sobre constitución y liquidación de aquella Sociedad. Que según una de estas últimas escrituras, la liquidación corría a cargo de los socios Vásquez, y por lo mismo, los socios demandantes no tenían intervención en ella, sino en la forma limitada antes dicha, en términos de que para cualquier otro asunto, los apoderados no tenían representación de los socios, ni menos de la Sociedad. Que de todo esto no se dio cuenta el Tribunal, y por eso consideró que en los contratos acusados de nulos intervinieron los socios debidamente representados, consideración que es errónea, arguye el autor del recurso, porque el apoderado de los socios sólo tenía, como se ha visto, facultades limitadas, que todo lo que saliera de ese límite era necesario que los socios intervinieran. Por tanto, concluye el recurrente, el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, consistentes en las escrituras en que constan los poderes y en las de constitución y liquidación de la Sociedad en liquidación, así como en las escrituras en que constan los contratos, y esa errónea interpretación lo llevó a considerar que los socios intervinieron en tales contratos y los autorizaron, con lo cual quebrantó las disposiciones citadas en este cargo, violación que es directa, por no haberlas aplicado al caso del pleito, declarando en fuerza de ellas que los apoderados de los socios no tenían la representación de éstos, y que, en consecuencia, la intervención de tales apoderados no implicaba ni podía implicar autorización o aprobación de los socios a tales contratos. Que, por tanto, si los socios no aprobaron tales contratos, ni tampoco la Sociedad, tiene aplicación el artículo 2170 del Código Civil, y conforme a él debió el Tribunal decretar la nulidad absoluta demandada de los expresados contratos, y como no aplicó dicha disposición, la violó en este concepto.

Se considera:

Por lo que hace al contrato celebrado en abril de mil novecientos diez y ocho, y que es materia del punto **b)** de la demanda, es perfectamente claro que los poderes insertos en él, y conferidos por los demandantes al señor Martínez y al señor Francisco Antonio Escobar, los facultaba para celebrarlo, porque esos poderes eran amplios y facultaban no sólo para celebrar toda clase de contratos, sino que por ellos los expresados apoderados podían vender bienes raíces de sus poderdantes. Y por lo que respecta a los demás contratos, si alguna duda pudiera haber sobre las facultades conferidas al señor Carlos Martínez, que intervino en ellos en representación de los demandantes, no obstante ser ellas también amplísimas, y para celebrar contratos de cualquier naturaleza, como se lo repitieron los demandantes a dicho apoderado Martínez en las cartas de que atrás se habló, esa duda queda desvanecida con las autorizaciones contenidas en dicha correspondencia para la celebración de cada uno de esos contratos y la aprobación expresa de los demandantes, como ya se dijo. Y no se objete que en el contrato contenido en la escritura número 664, de mayo de mil novecientos diez, materia del punto **e)** de la demanda, no intervino el apoderado Martínez, porque lo vendido allí por el señor Carlos Vásquez L. hacía parte de lo que él personalmente, con el señor Miguel Vásquez B. y la Sociedad de Vásquez, López & Compañía, habían adquirido por la escritura número 2387, de noviembre de mil novecientos cinco, Notaría de Medellín, con intervención del apoderado Martínez, representando a los de-

mandantes, y por consiguiente el apoderado no tenía ya que intervenir en este último contrato, y hay error en ese título, al decir que el señor Vásquez vendía como liquidador de Chaves, Vásquez & Compañía.

Si, pues, en los contratos materia de la litis, los apoderados de los demandantes intervinieron con facultades dispositivas suficientes de éstos, y la autorización y aprobación expresa y unánime de los mismos, no existe la violación por error de derecho y de hecho en las disposiciones que cita el recurrente en este cargo, sobre extralimitación de facultades del mandatario.

Por las anteriores consideraciones, la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha veinte de junio de mil novecientos veintinueve, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

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

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

El doctor Pedro A. Posse Camargo, en su condición de apoderado de la señora Ana de la Torre de Reyes Patria, demandó ante el Juez 6º del Circuito de Bogotá, al señor Eustasio de la Torre Sánchez, para que, previo el trámite de un juicio ordinario, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la señora Ana de la Torre de Reyes Patria, como heredera del señor Eustasio de la Torre Narváez, tiene derecho a que se le adjudique su haber hereditario en la liquidación y partición de su causante.

"Segunda. Que el señor Eustasio de la Torre Sánchez debe entregar a mi representada la cuota de herencia que se le liquide en los bienes destinados en la respectiva división de la herencia, con sus frutos."

Fundó la demanda en estos hechos:

"1º El señor Eustasio de la Torre Narváez falleció bajo memoria testamentaria.

"2º En dicho testamento instituyó entre sus herederos, a los señores Ricardo y Eduardo de la Torre Narváez, hermanos suyos.

"3º La señora Ana de la Torre de Reyes Patria es hija legítima de Ricardo de la Torre Narváez, y sobrina legítima de Eduardo de la Torre Narváez.

"4º El padre de mi representada murió sin manifestar si aceptaba o nó la herencia del causante don Eustasio de la Torre.

"5º Mi representada ha aceptado la herencia de su padre, don Ricardo, y acepta, por transmisión, la de su tío don Eustasio de la Torre.

"6º El señor Eduardo de la Torre Narváez falleció en esta ciudad con posterioridad a don Ricardo de la Torre.

"7º La señora Ana de la Torre de Reyes Patria aceptó la herencia de su tío Eduardo de la Torre Narváez, y fue declarada heredera del mismo, como su sobrina legítima, y en representación de su padre Ricardo de la Torre Narváez.

"8º El demandado se hizo adjudicar toda la herencia, parte como comprador de derechos hereditarios, y parte como legitimario.

"9º El juicio mortuorio del señor Eustasio de la Torre Narváez se siguió en el Juzgado 6º de este Circuito, sin audiencia de la señora de Reyes Patria, ni de su causante directo don Ricardo, ni de don Eduardo de la Torre.

"10. Cuando la señora de Reyes Patria se hizo parte en el juicio, ya estaba presentado el trabajo de partición, en que se le excluía de la herencia.

"11. En dicho juicio mortuorio se determinó que la presentación de los nuevos herederos era extemporánea en este litigio, pero que conservaban sus derechos para hacerlos valer en juicio ordinario."

El derecho que asiste a la señora de Reyes Patria, dijo el demandante, "deriva del testamento del señor Eustasio de la Tore Narváez, en el que instituyó, entre otros, como herederos, a Ricardo y a Eduardo de la Torre Narváez, y como estos señores murieron sin haber manifestado si aceptaban o nó la herencia, transmitieron a sus herederos el derecho para aceptarla; así que hay derecho en la demandante a recoger la herencia por transmisión de su padre y en represntación de su tío, todo de conformidad con los artículos 1014, 1037, 1043 y 1321 y concordantes del Código Civil."

Contestó el demandado, por medio de su personero, señor doctor Miguel Arteaga H., rechazando la acción, asintiendo a algunos hechos, diciendo no constarle otros, y oponiendo las excepciones que en seguida se copian:

"Primera. Falta de derecho y de acción en el actor para demandar lo pedido, a causa de que don Ricardo de la Torre Narváez se hizo indigno de suceder al testador, don Eustasio de la Torre Narváez. Por tanto, ningún derecho en tal sucesión pudo transmitir don Ricardo a su hija Ana de la Torre de Reyes, actual demandante.

"La indignidad alegada consiste en lo siguiente: en su testamento don Eustasio de la Torre Narváez designó como albacea a don Ricardo de la Torre Narváez, y dicho señor, sin probar inconveniente grave, calificado así por el Juez de la causa, rechazó el albaceazgo y no lo sirvió, y el Juez declaró, por auto en firme, que don Ricardo había rechazado el cargo, pero no declaró que por inconveniente grave, porque don Ricardo **no presentó al juicio ninguna prueba.** Es este un hecho negativo, fundamento de la excepción, cuya prueba corresponde al demandante, y que **no lo podrá comprobar,** porque en el juicio de sucesión de don Eustasio, el albacea rechazó el cargo, sin presentar prueba alguna.

"Las disposiciones legales en que se funda esta excepción son los artículos 1334 y 1028 del Código Civil, el primero citado por el Juez en el auto en que se admitió la renuncia del albaceazgo por parte de don Ricardo de la Torre Narváez.

"Segunda. En subsidio de la anterior, propongo la excepción perentoria de falta de acción o de derecho para pedir, en la forma como se ha hecho en la demanda.

"Tercera. En subsidio de las anteriores, la excepción de inepta demanda sustantiva, porque lo que pretende la actora no podría obtenerse en la forma como ha planteado la demanda."

Seguido el juicio por sus trámites propios, el Juez de la controversia lo falló así:

"1º Declárase probada la excepción perentoria de falta de derecho para pedir en la forma como se ha hecho en la demanda.

"2º Absuélvese al demandado de los cargos de la demanda; y

"3º No se hace condenación en costas."

El Tribunal Superior de Bogotá revocó el fallo anterior, y en su lugar dispuso:

"Primero. La señora Ana de la Torre de Reyes Patria, como heredera del señor Eustasio de la Torre Narváez, por transmisión de los herederos testamentarios Ricardo de la Torre Narváez y Eduardo de la Torre Narváez, tiene derecho a que se le adjudique su haber hereditario en la liquidación y partición de su causante.

"Segundo. Condénase al demandado Eustasio de la Torre Sánchez a entregar a la demandante Ana de la Torre de Reyes Patria, la cuota de herencia que se le liquide en los bienes destinados a la respectiva división de la herencia, con sus frutos.

"Tercero. Decláranse no probadas las excepciones de falta de derecho para pedir, inepta demanda sustitutiva e indignidad, propuestas por el demandado en la contestación de la demanda.

"Cuarto. No hay lugar a costas contra el demandado, ni en la primera ni en la segunda instancia."

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado del señor Eustasio de la Torre Sánchez. Admitido el recurso por la Sala, se procede a fallarlo.

Acusa el recurrente la sentencia por las causales primera y segunda de casación, mas como la segunda se refiere a exceso en el fallo, es el caso de comenzar por el estudio de la primera.

"Primero. La sentencia violó por infracción directa y por interpretación errada el segundo inciso del artículo 1028 y el artículo 1334 del mismo Código.

"El inciso 2º del artículo 1028 dice:

El albacea que, nombrado por el testador, se excusare sin probar inconveniente grave, se hace igualmente indigno de sucederle.

"El artículo 1334 ibidem, reza:

El albacea nombrado puede rechazar libremente este cargo.

Si lo rechazare sin probar inconveniente grave, se hará indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 1028, inciso 2º

"Don Ricardo de la Torre Narváez, albacea nombrado en el juicio de sucesión de don Eustasio de la Torre Narváez, se excusó de servir dicho cargo, y lo hizo **sin probar** inconveniente grave: luego se hizo indigno de sucederle.

"Es cierto que al excusarse dijo que estaba casi ciego a consecuencia de unas cataratas, pero alegar dicho inconveniente, que puede ser tan grave como se quiera, no equivale, ni con mucho, a **probarlo,** y la ley no exige que se alegue el inconveniente sino que se pruebe."

"La sentencia acusada así lo reconoció, cuando dijo:

'Pero la ley lo obliga a probar la excusa. ¿Cuándo? Al momento de presentarla, porque así lo da a comprender el texto del artículo 1028, según el cual, el Juez de la sucesión tiene facultad para calificarla, aceptándola o rechazándola, pues si se la rechaza, y el albacea entra a ejercer el cargo, queda libre de la sanción de indignidad. El artículo, naturalmente, deja indeterminada la clase de prueba requerida en cada caso, dado que la cuestión de pruebas pertenece a otra índole de disposiciones, a las cuales debe recurrirse para resolver cada situación especial. Según esto, don Ricardo, para acreditar su enfermedad, podía recurrir a dictámenes periciales, a declaraciones de testigos.'

"Hasta aquí considero legal lo expuesto en la sentencia, pero, por el contrario, considero violatorio de la ley lo que sigue luégo exponiedo el fallo, pues dice que don Ricardo 'podía acreditar su enfermedad acudiendo aun a la misma aceptación, expresa o tácita, de los demás interesados en la mortuoria, de ser real la enfermedad.' A estos interesados, entre los cuales estaba el actual demandante, se les dio noticia de la excusa de los albaceas y de los motivos que la determinaron, sin que ellos hicieran el menor reparo a la afirmación de don Ricardo, lo que indudablemente inclinó al Juez a darle aceptación a la excusa, en auto consentido también por aquellas partes."

"En el párrafo transcrito se viola el artículo 1028, inciso 2º, y también el artículo 1334, ambos del Código Civil, por interpretación errónea, pues considera la sentencia que el albacea **prueba el inconveniente grave** de la excusa o rechazo de su cargo, si se corre traslado de su memorial, y los interesados en la sucesión guardan silencio.

"Ello no es así: en derecho, quien calla, ni otorga ni niega, a no ser que la ley establezca **para determinados casos** que el silencio equivalga unas veces a negación y otras a aceptación.

"Menos puede decirse que en casos como el actual, el silencio del heredero sea prueba, pues al heredero le conviene que el albacea se excuse o rechace el cargo sin aducir prueba, pues con ello se hace indigno de suceder, en beneficio y provecho del heredero universal.

"Además, como dijo la sentencia, la prueba del inconveniente grave debe aducirse **al momento de presentar la** excusa o rechazar el cargo, y aun en el supuesto inadmisible de que el traslado se equiparara a una prueba, tal traslado es posterior y no coetáneo a la presentación de la excusa o al rechazo.

"¿En dónde ha establecido la ley, como lo pretende el Tribunal en el fallo, que la existencia de unas cataratas se prueba con un traslado?

"Es traslado, dice el artículo 199 del Código Judicial, 'el conocimiento que se da a las partes de demandas, de autos, de expedientes o partes de ellos, para que expongan lo que tengan a bien.' Pero con el traslado no se prueba lo que afirma algún interesado, a no ser que la ley expresamente así lo establezca para algún caso, pero tal presunción de prueba no se estableció para comprobar el impedimento grave en los casos de los artículos 1028, inciso 2º, y 1334 del Código Civil.

"La conclusión es esta: que la sentencia violó tales disposiciones por infracción directa y por interpretación errónea, al admitir que la prueba de que allí se trata pueda consistir en un traslado en que se guarde silencio.

"Como de autos aparece que don Ricardo, al excusarse del albaceazgo no probó inconveniente grave, ha de concluírse que se hizo indigno de suceder al causante."

Considera la Corte que el Tribunal está de acuerdo en

que, conforme al artículo 1028 del Código Civil, el albacea que, nombrado por el testador, se excusare sin probar inconveniente grave, se hace indigno de sucederle; pero es de concepto que, habiéndose excusado don Ricardo de la Torre de servir el cargo, por hallarse casi ciego por razón de unas cataratas en ambos ojos, el Juez, sobre esa base aceptó la excusa, después de haber dado traslado de ella a todos los interesados, inclusive al señor Eustasio de la Torre Sánchez.

Dice el Tribunal:

"A estos interesados, entre los cuales estaba el actual demandante, se les dio noticia de la excusa de los albaceas y de los motivos que las determinaban, sin que ellos hicieran el menor reparo a la afirmación de don Ricardo, lo que indudablemente inclinó al Juez a darle aceptación a la excusa, en auto consentido también por aquellas partes. Con el desarrollo de todos estos hechos adquirió don Ricardo de la Torre Narváez, en el juicio de sucesión, una posición jurídica intocable, mientras los demás interesados no demuestren que su excusa del albaceazgo carecía de justificación. No sería equitativo obligar hoy nuevamente al albacea o a sus representantes a probar el motivo determinante de su excusa, cuando ya un Juez competente calificó ese motivo y lo encontró aceptable. Si el Juez no lo hubiese aceptado, el albacea tenía derecho para entrar a desempeñar el cargo, y librarse así de la indignidad. Pero como con el consentimiento tácito de las demás partes lo aceptó, el albacea tuvo que retirarse tranquilo de haber obrado en conformidad con la ley. De consiguiente, sería aberrante desconocer la fuerza de lo actuado en el juicio de sucesión, y obligar hoy a los demandantes a demostrar que don Ricardo de la Torre no incurrió en indignidad, a consecuencia de haber padecido en realidad de la dolencia que le sirvió de motivo para excusarse de asumir el cargo de albacea."

El recurrente objeta que tanto el artículo 1028 como el 1334 del Código Civil exigen la prueba del inconveniente grave que el albacea tenga para desempeñar el cargo, a fin de librarse de la sanción de indignidad para suceder al testador, y que, por lo mismo, no habiendo presentado esa prueba el señor Ricardo de la Torre, se hizo indigno de suceder a su hermano don Eustasio; pero a esto se observa que el auto del Juez en que se admitió la excusa del albacea, renuncia—dijo indebidamente, porque no renunció don Ricardo, sino que se excusó—fue dictado teniendo en cuenta el memorial del albacea, en que expresaba el inconveniente grave de hallarse casi ciego, que lo imposibilitaba para servir el cargo. Si el Juez no exigió la prueba de ese inconveniente, ni tampoco los interesados cuando se les corrió traslado de ese memorial, eso indica que admitieron como fundado el motivo de la excusa, con la sola afirmación de don Ricardo, y hoy no pueden, contra el auto ejecutoriado de admisión, alegar que esa providencia se dictó sin las probanzas correspondientes.

En la oportunidad debida, los interesados pudieron exigir la demostración de la excusa, y el Juez abstenerse de admitirla, porque la hallase desprovista de prueba.

El auto del Juez admitió la excusa—dijo renuncia—del cargo de albaceas que hicieron los señores Alfredo Valenzuela y Ricardo de la Torre. Se refirió el Juez al memorial presentado por esos señores, donde explicaron los inconvenientes graves en que fundaron su excusa: el uno, por razón de próximo viaje a Europa, y el otro, por hallarse casi ciego; y hay que entender que tales motivos fueron el fundamento de la providencia del Juez.

Como segundo motivo de la primera causal de casación, alega el autor del recurso que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al estimar el auto de catorce de julio de mil novecientos cuatro, en que se admitió la excusa presentada por los albaceas; pues en tal providencia no se admitió la excusa, sino la renuncia del cargo, con aplicación del artículo 1334 del Código Civil, que trata de renuncias y no de excusas, que es el caso contemplado por el artículo 1028 del mismo Código; que el sentenciador, al estimar ese auto como una resolución sobre excusa, y no sobre renuncia, incurrió en error de derecho evidente, y violó el artículo 1028 del Código Civil por aplicación indebida.

Pero a esto se observa que si el Juez, indebidamente tomó como renuncia lo que era una excusa, dados los claros términos del memorial en que se excusaron los albaceas, el principio que contienen los artículos 1028 y 1334 del Código Civil, es el mismo en lo que respecta a la indignidad para suceder al testador, pues el segundo de dichos artículos se refiere al primero.

El tercer cargo que hace el recurrente con respecto a la primera causal, es la violación del artículo 1034 del Código Civil, por haber dejado de aplicarlo al caso del pleito; pues si don Ricardo de la Torre se hizo indigno de suceder a don Eustasio, tal indignidad se transmitió a los herederos del albacea, entre los cuales figura la demandante; luego la excepción de indignidad contra ella debió haber prosperado.

A esto se responde que, como no prosperó la acusación de indignidad contra don Ricardo, consecuencialmente están libres de ella sus causahabientes.

Cuarto cargo.

Quebrantamiento del artículo 1032 del Código Civil.

Explica así el recurrente la infracción de ese artículo:

"Dice dicha disposición:

'La indignidad se purga en diez años de posesión de la herencia o legado.'

"La sentencia acusada observa:

'Habiendo corrido más de diez años desde la muerte de don Ricardo de la Torre Narváez, la acción para obtener la exclusión de la herencia de don Eustasio de la Torre Narváez, por efectos de indignidad, está extinguida por prescripción.'

"Pero es el caso que, para purgar la indignidad, el artículo 1032 requiere **la posesión de la herencia,** y ni don Ricardo ni doña Ana han poseído en forma alguna la sucesión de don Eustasio. Por ello precisamente entabla la presente acción, que en el alegato llama de **petición de herencia.**

"La base de la prescripción es la posesión, y la demandante no ha poseído la herencia. Por otra parte, tampoco puede hablarse de **prescripción de la excepción** de indignidad, porque una excepción no puede decirse que deja de ejercitarse sino desde que se promueva acción contra la cual pueda hacerse valer la excepción.

"No era posible que mi poderdante opusiera la excepción de indignidad, mientras no hubiera acción contra la cual proponerla. Tampoco podía ejercitar acción de indignidad ni contra don Eustasio ni contra doña Ana, porque ellos no estaban en posesión de la herencia de don Eustasio.

"En todo caso aquí no puede tratarse de prescripción de acción de indignidad, sino de prescripción de excep-

ción de indignidad, y tal excepción se propuso tan luégo como se ejercitó la acción. Luego no existió el lapso durante el cual no se ejercitara la excepción, y por ello mal pudo ocurrir la prescripción de tal excepción.

"Por este aspecto, el fallo violó también el artículo 2535 del Código Civil."

Considérase:

No habiéndose justificado la excepción de indignidad para suceder al albacea, que es el causante de la señora De la Torre de Reyes Patria, sobra considerar la alegación propuesta para el caso de que tal excepción se hubiera demostrado.

La disertación del Tribunal al respecto, en la parte motiva del fallo, no influyó en la resolutiva, pues en ella no aparece declarada la prescripción, y la Corte, en varias decisiones, ha resuelto que las consideraciones de una sentencia, tomadas aisladamente, son simples conceptos, que por sí solos no causan lesión alguna, ni pueden dar origen al recurso de casación, si no han influído en la parte resolutiva del fallo. (Véase **Gaceta Judicial,** tomo VI, página 264, y tomo XIX, página 164, columna 1ª).

Quinto cargo.

"Nueva violación de los artículos 1028 y 1334 del Código Civil, porque en ellos se impone al albacea que se excusa o que rechaza el cargo, para no incurrir en la indignidad, qué pruebe el inconveniente grave. Y en la sentencia se pretende establecer que **quien debe probar** que no existió el impedimento grave, sea el heredero.

"La sentencia dice:

'A la parte demandada le correspondía destruír la situación adquirida por don Ricardo en el juicio de sucesión, demostrando que la excusa del albacea estuvo desprovista de todo motivo legal.'

"¿Cuál fue la situación adquirida por don Ricardo en el juicio de sucesión de don Eustasio? ¿En dónde se declaró que la prueba que él presentó, **pues no presentó prueba ninguna,** fuera suficiente para probar el inconveniente alegado para servir el albaceazgo? En parte alguna; luego don Ricardo no tenía situación adquirida en el juicio de sucesión que lo librara de la sanción de indignidad."

Considera la Corte que, como atrás se dijo, la excusa de don Ricardo de la Torre para servir el cargo de albacea en la sucesión de don Eustasio, fue admitida en atención al fundamento de ella; pues el auto del Juez recayó sobre el memorial en que don Ricardo alegó hallarse casi ciego, y por lo mismo imposibilitado para servir el cargo.

Don Ricardo no se limitó a decir que lo renunciaba; expuso el inconveniente grave que le impedía aceptar el nombramiento que le hizo su hermano. El Tribunal entendió, y con fundamento, que ese auto era una situación adquirida para don Ricardo.

Ahora, si a la parte demandada—agrega el Tribunal—correspondía destruír la situación adquirida por don Ricardo en el juicio de sucesión, demostrando que la excusa del albacea estaba desprovista de todo motivo legal, eso no quiere decir que cuando se presentó la excusa, la prueba del inconveniente grave del albacea para desempeñar el cargo correspondiera a los herederos, sino que, habiendo sido aceptada la excusa sobre la base de dicho inconveniente, el auto respectivo constituye una situación para don Ricardo, que correspondía desvirtuar en el presente juicio, a los demandados. El Tribunal entendió que no podía desligarse el memorial de excusa, fundado en el inconveniente grave, y la providencia que lo decidió. Para el sentenciador, la aceptación del Juez implica el reconocimiento del grave inconveniente que incapacitaba al albacea para aceptar el cargo.

El sentenciador es de concepto que esa providencia ejecutoriada podía revisarse; concepto que es muy distinto del que le atribuye el recurrente, y que, por lo mismo, no es el caso de analizar aquí, porque tal revisión no se ha intentado.

Segunda causal.

Funda así el recurrente esta causal:

"Primero: El ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia dice:

'La señora Ana de la Torre de Reyes, como heredera del señor Eustasio de la Torre Narváez, **por transmisión de los herederos testamentarios Ricardo de la Torre Narváez y Eduardo de la Torre Narváez**.....'

"La parte subrayada de la sentencia **no** fue demandada, y, por tanto, hubo una **ultra petita.**

"Pero es más: en la demanda, doña Ana se presentó como heredera de don Eustasio **por transmisión** de don Ricardo y **por representación** de don Eduardo. En la sentencia se le reconoce heredera de don Eustasio por **transmisión,** tanto de don Ricardo como de don Eduardo. Es, pues, manifiesto que el fallo no está de acuerdo con el libelo ni con la **litis contestatio,** y por tanto es casable; pues una cosa es la **transmisión** y otra la **representación.**

"En efecto: en el hecho 7º del libelo se habla de **representación** en la herencia de don Eduardo, y al indicar en aquella pieza el derecho que asiste a la actora, se lee:

'Así que hay derecho en la demandante a recoger la herencia por **transmisión** de su padre y en **representación** de su tío,' y en corroboración se cita el artículo 1043 del Código Civil, que trata de la representación.

"De suerte que no está de acuerdo con la demanda el primer ordinal de la parte resolutoria del fallo, ni varias afirmaciones de la parte motiva, como la siguiente: 'el demandado es quien ocupa, en calidad de heredero, las cuotas testamentarias correspondientes a don Ricardo y a don Eduardo, en las cuales pretende participar doña Ana de la Torre, **por transmisión de aquéllos** (subrayo).'

"Hay, pues, desacuerdo entre el libelo, la **litis contestatio** y el fallo, y, además violación expresa, que alego como causal de casación, del inciso 4º del artículo 471 del actual Código Judicial, y del artículo 835 del anterior Código Judicial.'

Considera la Corte que en la petición de la demanda no se expresó el motivo por el cual era heredera la demandante, del señor Eustasio de la Torre Narváez. Allí se dijo:

"Primera. Que la señora Ana de la Torre de Reyes Patria, como heredera del señor Eustasio de la Torre Narváez; tiene derecho a que se le adjudique su haber hereditario en la liquidación y participación de su causante."

El Tribunal agregó, en la parte resolutiva, las razones que le daban el derecho de heredera a la señora demandante, expresando que lo era por transmisión de los herederos testamentarios Eduardo y Ricardo de la Torre Narváez; pero esta agregación no va contra los términos

generales de lo pedido, y por lo mismo no puede tacharse de excesivo el fallo.

En el hecho 7º de la demanda, dice el personero de la señora Ana de la Torre de Reyes Patria, que esta señora acepta la herencia de su tío don Eduardo de la Torre Narváez, y fue declarada heredera del mismo como su sobrina legítima, y en representación de su padre don Ricardo de la Torre Narváez.

Aquí no se habla de derecho de representación en la herencia de don Eustasio de la Torre Narváez, sino de que en la sucesión de su tío Eduardo fue declarada heredera doña Ana, en representación de su padre, don Ricardo.

Ahora: si al exponer los fundamentos de derecho, habló el demandante de derecho de representación de la señora de Reyes Patria, como sobrina de don Eduardo, en la sucesión de don Eustasio, esa calificación no obliga al Tribunal, a quien corresponde aplicar el derecho en presencia de los hechos probados, y dentro de las peticiones de la demanda que, como se ha visto, tiene toda la amplitud necesaria para decretar el derecho demandado por la heredera, a cualquier título.

Como otro motivo de la causal segunda, el recurrente expone lo que sigue:

"Segundo. La primera petición de la demanda dice:

'Que la señora Ana de la Torre de Reyes Patria, como heredera del señor don Eustasio de la Torre Narváez, tiene derecho a que se le adjudique su haber hereditario en la liquidación y partición de su causante.'

"¿Qué significa la frase: 'tiene derecho a que se le adjudique su haber hereditario en la liquidación y partición de su causante'?

"Me parece que no tiene otra significación sino esta: que tiene derecho a que se le adjudique su haber hereditario en la liquidación y partición de los bienes de su causante don Eustasio de la Torre Narváez.

"No obstante, el Tribunal dice que lo que tal frase significa es lo siguiente:

'El demandante, al solicitar la declaración de que tiene derecho a que se le adjudique su haber hereditario en la liquidación y partición de su causante, presupone la existencia de la liquidación hereditaria, y se funda en ella precisamente para demandar que se le reconozca el derecho que tiene a participar en las cuotas herenciales correspondientes a don Ricardo y a don Eduardo, adjudicadas al demandado; naturalmente, de prosperar la acción, ella exige una liquidación futura entre el actor y el reo, limitada a aquellas cuotas.'

"Si eso hubiera querido decir la demanda, lo habría dicho, pero resulta que en la demanda se lee lo que dice la petición primera, que es cosa distinta.

"Por ello fue por lo que el suscrito haya repetido que el demandante quiso, en el resumen de su alegato, hacer decir al libelo lo que no dice, o sea que corrigió la demanda intempestivamente, y como esta manera de entender la demanda fue la aceptada en la sentencia, resulta que ella resolvió sobre asuntó que no fue materia de la **litis contestatio.**

"Es verdad que en la parte resolutiva del fallo usó de las palabras del libelo, pero en este particular la parte resolutiva tiene que interpretarse por la motiva, y por tanto, siempre resulta la falta de concordancia entre el significado natural y obvio de las peticiones del libelo y la manera como fue pronunciado el fallo."

Considera la Corte que el mismo autor del recurso conviene en que la declaración que estima desconectada con la intención de la demanda, se ciñó a los propios términos del libelo; de manera que no se ve la incongruencia entre lo pedido y lo fallado, que es en lo que consiste la segunda causal de casación.

Ahora, si el Tribunal interpretó la demanda de acuerdo con los hechos expuestos en la misma, y de la naturaleza de la acción, e incurrió por ello en algún error, sería no la segunda, sino la causal primera, la que podría alegarse en casación, siendo así que, como se ha visto, hay completa correspondencia entre lo pedido y lo fallado.

Lo mismo puede observarse acerca del reparo que el recurrente le hace a la interpretación del Tribunal respecto a la segunda petición de la demanda, interpretación que, dice, se hizo acomodándola a la que se dio a la primera.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y uno, y condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisso Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil en pleno—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

En el juicio ordinario seguido por el doctor Telésforo Jiménez contra Laserna & Compañía, pronunció sentencia de segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha de siete de julio próximo pasado.

En veintidós del mismo mes se fijó el edicto por cinco días para notificar la sentencia, y se desfijó el veintinueve.

Este edicto se escribió en una hoja de papel común, la cual fue revalidada con estampillas el veintisiete de agosto siguiente.

En memorial presentado el dos de agosto, el doctor Jiménez interpuso recurso de casación, pero el Tribunal se lo negó por auto del día veintitrés del propio mes, en estos términos:

"Como no aparece de los autos que se hayan consignado las estampillas de timbre nacional, exigidas por el 2º inciso del artículo 351 del Código Judicial, por haberse suplido con papel común el papel necesario para la notificación de la sentencia, se niega lo pedido en el memorial que precede."

Jiménez solicitó reposición de este auto, y, en subsidio, las copias conducentes para ocurrir ante la Corte; y negado aquel recurso, compareció oportunamente aquí con el hecho.

Durante los quince días siguientes a la desfijación del edicto, presentó el doctor Jiménez su memorial de interposición del recurso de casación. Empero, el Tribunal manifestó que dicho recurso sólo debía entenderse in-

troducido cuando se revalidó la hoja de papel común del edicto o sea el veintisiete de agosto; y como los quince días hábiles para proponer el recurso de casación habían vencido el diez y siete de dicho mes, el sentenciador concluyó que, por lo tardío de la interposición, no era dable otorgarlo.

Con arreglo al artículo 351 del Código Judicial, si la parte obligada no suministra el papel que le corresponde, el Secretario lo suple con papel común. La parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear, estampillas que se adhieren a los autos y se anulan por el Secretario.

Cuando en la ocurrencia de este artículo se emplea papel común, no se interrumpen los trámites del procedimiento. Si recorriendo el término legal para interponer un recurso, la parte remisa al suministro de papel sellado lo interpone, pueden presentarse dos casos: o estando aún pendiente dicho término, la parte revalida con estampillas las hojas de papel común, o la revalidación se hace después de vencido el término. En el primero, no se ofrece ninguna dificultad, supuesto que la revalidación se cumplió en tiempo todavía hábil para que la parte sea oída acerca del recurso que ha propuesto. En el segundo, ya no puede ser oída esa parte, por haber transcurrido el término hábil para interponer el recurso.

Si cuando la parte introdujo el recurso no tenía derecho, por su renuencia a ser atendida y el término siguió corriendo, es claro que la revalidación del papel común hecha con posterioridad a la expiración de dicho término, tomó el juicio en el estado en que lo encuentra, es decir, pasada ya la oportunidad de introducir el recurso.

A esto se replica que el susodicho artículo 351 no le veda a la parte hacer peticiones, sino que se limita a prohibirle al Juez oír esas peticiones, mientras aquélla no consigne en estampillas el valor doble del papel sellado que ha debido emplearse; lo cual se deduce del adverbio de tiempo **mientras**, que significa **durante el tiempo en que**, según el Diccionario Académico, o **en tanto que**. Luego verificado el suministro de las estampillas a que la sanción se refiere, el Juez puede y debe oír la solicitud que la parte incumplida había formulado.

Para la Corte, semejante interpretación es inaceptable, por los efectos perturbadores a que conduciría, hasta el punto de desordenar la marcha del juicio. Si ya ha avanzado poco o mucho la tramitación posterior, cuando la parte remisa se decide a revalidar el papel común para que se despache su petición, o se le conceda el recurso, y si, como consecuencia de la una o del otro, se resuelve por el Juez o por el superior algo que sea incompatible con dicha tramitación posterior, ¿queda ésta írrita? Si así fuere, se pondrá en las manos de un litigante malicioso o descuidado un medio seguro de anular el procedimiento, que a anulación equivaldría prácticamente la ineficacia sobreviviente en él.

Si a la parte remisa se le brindara la seguridad de que con aducir su petición prevenía el derecho de que el Juez se la fallara cuando a ella le viniera en talante revalidar el papel común con estampillas, le sería fácil producir la paralización indefinida del curso del negocio, en el evento de la apelación de la sentencia, a menos que la contraparte, sin hallarse obligada, costeara las estampillas a que la sanción se contrae, lo cual resultaría aberrante.

De suerte que, con la mira de eludir estos inconvenientes y procurar la firmeza de la actuación, importa adoptar la primera interpretación, respecto de que la verdadera fecha (la fecha procesal, pudiera decirse) de la petición que hace la parte remisa, se entiende ser aquella en que se cumplió la revalidación con estampillas de las hojas de papel común con que se había suplido el sellado. La parte no puede formular ninguna petición o gestión hasta que se ponga a paz y salvo con las prescripciones legales atañederas al papel sellado; tal es, en puridad, el sentido del artículo que se estudia.

En el sistema del nuevo Código Judicial, las partes deben suministrar espontáneamente el papel que les corresponde, con arreglo al artículo 346, y así el Secretario no tiene obligación de requerirlas para ello. No es, pues, cierto lo que se sugiere acerca de que para que sea dable tildar de renuente a una parte, se necesita que antes le haya exigido papel el nombrado funcionario.

Conforme al orden de ideas que se deja expresado, la interposición del recurso de casación por el doctor Jiménez no se efectuó el dos de agosto, fecha material de su memorial, sino el veintisiete del propio mes, día de la revalidación de la hoja de papel común del edicto; y como ya habían transcurrido los quince días siguientes al en que quedó surtida la notificación del fallo, mediante la fijación y desfijación del edicto, aquella interposición resulta extemporánea por lo atrasada.

De aquí que no pueda prosperar el presente recurso de hecho (artículos 516, 518, 521 y 527 del Código Judicial).

Resta advertir que, aunque ambas partes apelaron de la sentencia de primera instancia, como el doctor Jiménez era el interesado en lo tocante al recurso de casación, a él incumbía el suministro de papel para notificar la sentencia del Tribunal (artículo 346 ibídem).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, reunida en pleno, de conformidad con el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 118 de 1931, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega el recurso de hecho introducido por Telésforo Jiménez, para que se le conceda el de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el siete de julio postrero, en el juicio del mismo señor contra Laserna & Compañía.

Désele al Tribunal el aviso prevenido en el inciso 2º del artículo 514 del Código Judicial.

Notifíquese y cópiese este proveído e insértese en la **Gaceta Judicial**.

Archívense las presentes diligencias.

TANCREDO NANNETTI — **José Miguel Arango—José Joaquín Hernández—Germán B. Jiménez—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Ante el Juzgado del Circuito de San Juan de Córdoba instauró el señor Francisco Elías una demanda contra el señor José Francisco Robles Samper, "para que por una sentencia definitiva, legalmente ejecutoriada, en juicio ordinario de mayor cuantía, oyendo al citado señor, se hagan en favor del suscrito las siguientes declaraciones, y siendo la primera principal y la segunda subsidiaria, y para que, como consecuencia de esas declaraciones,

bien de la principal o de la subsidiaria, se le condene a hacer ejecutar lo que se pide seguidamente después de enunciarlas:

"1º Que el predio de propiedad del suscrito, constante de noventa y seis (96) hectáreas, siete mil novecientos sesenta y ocho metros, ubicado en el caserío de Orihueca, Corregimiento de Ríofrío, Distrito de Ciénaga, limitado por el Norte con tierras de propiedad de la United Fruit Company; por el Sur, terrenos del joven José Antonio Robles, que pertenecieron a la señora Catalina Elías de Polítano; por el Este, la Sierra Nevada de Santa Marta, y por el Oeste, la línea del ferrocarril de Santa Marta, no está obligado a soportar o servir una servidumbre de acueducto, en el concepto de servidumbre legal, en beneficio de un predio de propiedad del señor Robles Samper, ubicado en los mismos Corregimiento y Distrito, alindado por el Norte, terrenos de Delia Elías, línea férrea en medio; por el Sur, terrenos ocupados actualmente por el señor José María Campo; por el Este, la cordillera y en parte la línea férrea, y por el Oeste, el camino real de Valledupar.

"2º Que dicho predio, de propiedad del suscrito, no está obligado, en especial, a soportar o servir una servidumbre de acueducto, en el concepto de ser ella una servidumbre legal, por la zona por donde actualmente pasan dos canales artificiales, ni siquiera uno solo de ellos, que vienen: el uno, de un terreno de propiedad de la United Fruit Company, que limita por el Norte el predio del suscrito, describiendo una curva, en el curso de la cual se forma el nivel natural y se contraría el libre (curso) descenso de las aguas y con el cual rumbo se atraviesa el predio del infrascrito para llegar, a través de otros dos predios, al predio del demandado; y el otro, que arranca del canal anteriormente mencionado, en un punto que queda en el centro del área del fundo del suscrito, y sigue por la parte suroeste del predio del señor Robles Samper.

"Como resultado o consecuencia de las anteriores declaraciones, o de cualquiera de ellas, y de las pruebas que logre llevar al juicio, pido que sea condenado el señor Robles Samper a demoler, destruir y abandonar las obras materiales construídas por él para su uso y provecho, consistentes en los canales dichos, por donde se derraman aguas en parte del predio del demandante, que ya se ha demarcado. Esos canales consisten en dos zanjas o acequias, de las acostumbradas para las acequias o acueductos comunes, y hay en ellos alzamientos, trancas, paredes laterales y hasta cortos espacios de los canales mismos, construídos o edificados con concreto y ladrillos; muchas de las cuales construcciones están en el fundo del suscrito, sobre todo las más gravosas e importantes; que sea condenado también a pagar al suscrito, por vía de indemnización o de frutos de la zona ocupada con las obras, las sumas legales, a partir del tiempo en que empezó a servirse del predio ajeno, o en su defecto, desde el día en que conteste la presente demanda, o en que llegue el tiempo legal de contestarla, sea que lo haga o nó, y que en estos pagos quede comprendido todo el valor que resulte debiendo en razón de esas obras y que el pago abarque todo el tiempo en que permanezcan sin destruír, demoler o abandonar esos canales, o sea hasta que el predio del demandante vuelva a quedar en su estado primitivo, o el valor de la zona, según la ley."

Hé aquí los hechos fundamentales de la demanda:

"1º El veinticinco de diciembre de mil ochocientos setenta y tres, formóse la sociedad conyugal de los señores José Antonio Elías y Josefa Fandiño; por escritura pública número 11, de fecha trece de febrero de mil ochocientos ochenta y nueve, adquirió esa sociedad, por medio de su representante legal, un globo de terreno denominado **Las Playitas de Ríofrío,** ubicado en el Corregimiento de Ríofrío, Distrito de Ciénaga, alinderado, por el Norte, el río Frío; por el Sur, terrenos del señor Labarcés; por el Este, la cordillera (Sierra Nevada de Santa Marta), y por el Oeste, terrenos también del señor Labarcés; y tal sociedad disolvióse por la muerte de la esposa, el seis de marzo de mil novecientos diez.

"2º Desde esa fecha ese bien raíz quedó perteneciendo á la sucesión intestada de la señora Josefa Fandiño de Elías, donde tenía derechos su esposo José Antonio Elías, a título de gananciales o de porción conyugal, y los herederos legítimos de dicha señora, entre los cuales se contaba el suscrito; y el dominio y la posesión de ese globo de terreno pasó más tarde, de la sucesión en comunidad, al patrimonio de sus herederos, y al suscrito le fue adjudicado el lote demarcado en la primera parte de este escrito, con título traslaticio de dominio, que está debidamente legalizado.

"3º En mil novecientos diez, el señor José Antonio Elías, asociado al señor Clemente Ropaín, construyó un canal artificial o acueducto para sacar una paja de agua del río Frío, destinada al riego que les conviniera hacer en terrenos que estuviesen en la orilla sur del río; y esta acequia tuvo, desde el principio, una dirección casi paralela a la margen sur del citado río, hacia los terrenos del señor Ropaín, denominados **Tachuelar.**

"4º También en el año de mil novecientos diez, los señores José Antonio Elías y Clemente J. Ropaín vendieron al señor José Francisco Robles Samper una tercera parte, cada uno, del derecho que ellos tenían como primitivos constructores, en el canal artificial dicho y en las aguas que por allí salían del río, pues éstas son de uso público en los respectivos territorios, y cuando corren por un canal artificial corresponden, legalmente, a quienes lo hayan construído.

"5º Por escritura pública número 195, de fecha veinticinco de diciembre de 1905, había comprado el señor José Francisco Robles Samper un globo de terreno a la señora Raquel González, también en el globo nombrado **Las Playitas de Ríofrío,** y a principios de mil novecientos once, dicho señor, con este terreno y el agua comprada a los señores Elías y Ropaín, emprendió cultivos de bananos. Para llevar aguas de la acequia, entonces de la comunidad Elías-Ropaín-Robles Samper, al lote comprado a la señora Raquel González, sin pedir permiso a los dueños de los terrenos intermedios, ni proceder al establecimiento de una servidumbre legal de acueducto con la intervención del Poder Judicial, ni siquiera cumpliendo las reglas del Código de Policía, vigente en esa época, y sin estudiar y escoger una dirección que, siguiendo el descenso natural de las aguas, atravesara los predios ajenos por la parte más corta, como habría ocurrido si se hubiera alzado más el punto del arranque y acercado más el ángulo formado por la línea férrea y el lindero norte de su predio, sacó un canal parcial del cauce general de la comunidad, en el punto que convino a los tres comuneros para lugar de repartición, y dándole una dirección desde el Norte hacia el Suroeste, atravesó el terreno, entonces de la sucesión de la señora Josefa Fandiño de Elías, y derramando por allí sus aguas, lle-

vólas a su predio por un punto del lindero Este, que queda cerca del kilómetro 53 de la línea férrea; y esta situación y su poco escrúpulo de tomar lo ajeno sin la voluntad de su dueño, le economizó de hacer gastos, gestiones y estudios.

"6º Por escritura pública número 232, de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos trece, el señor José Antonio Elías vendió a la United Fruit Company los derechos hereditarios que tenía en la sucesión de su esposa y su derecho en la tercera parte del canal sacado del río Frío y en las aguas que por allí se derraman; y la mencionada Sociedad anónima entró a poseer, a título de comunera, la mitad del terreno de la sucesión dicha y la tercera parte de las aguas y del canal; y así, por razón de estos actos, la comunidad del canal quedó formada por los dueños Ropaín, United Fruit Company-Robles Samper.

"7º Era tan pequeña la ventaja que hubiera producido, desde mil novecientos once, la negativa de parte de los herederos de la señora Josefa Fandiño de Elías ante la consideración de vínculos amistosos y sociales apreciados, que toleróse—sin consentirlo—el acto de una apropiación indebida de los bienes hereditarios; y lo que fue en los dueños del terreno, rasgo de resignación ante el hallazgo de un amigo que desea ser rico por medios baratos; prevalido de la amistad misma, fue tomado por el señor Robles Samper como prueba de que nunca los dueños cuidarían y defenderían su propiedad; y parece que entonces creció el afán de seguir enriqueciéndose a costa de los herederos de la señora Josefa Fandiño de Elías.

"8º Por escritura pública número 584, de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos trece, compró a Julio R. Sánchez otro globo de terreno, también fracción del general, nombrado **Las Playitas de Ríofrío**, y separado del anterior por la línea férrea, en los linderos Este y Oeste, respectivamente; de este modo aumentó su predio con una porción considerable de terreno y trató de emprender, en grande escala, los cultivos de bananos.

"9º Había, sin embargo, el inconveniente de que, habiendo aumentado su predio con tierras que quedaban al lado Este, para el cual rumbo va alzándose el nivel natural del terreno, porque allí se encuentran las últimas alturas de la cordillera, las aguas sacadas del canal común no podían regar esa tierra por el canal que venía usando.

"10. Entonces, sin estudios técnicos y con sus acostumbrados procedimientos baratos, construyó un nuevo canal, para el cual utilizó la parte del canal anterior que arranca del canal madre y llega al centro de la superficie de terreno vendido por el señor José Antonio Elías a la United Fruit Company, fue alzando poco a poco el nivel del canal hacia el Este, para llevarlo por el lindero norte de su predio.

"11. Siendo el lote del suscrito que queda demarcado en esta demanda, un polígono irregular, en forma casi de un ángulo agudo, que va abriéndose desde la parte más angosta sobre los estribos de la cordillera, hasta la parte más ancha, la línea férrea se le atraviesa, por su parte más corta, si el acueducto se saca de un punto más arriba de donde se hace la repartición de las aguas entre los tres comuneros, y con esto se va siguiendo el libre y natural descenso de las aguas; pero esto produciá para el señor Robles Samper un aumento de gastos en la construcción del pedazo de canal que puede utilizar del anterior, pero esas contingencias y cálculos no están previstos en su favor por la ley, y en tal concepto, el rumbo más corto es el que pueda darle el suscrito, cuando, como en este caso, ese rumbo más corto es también el más económico, ya que al establecerse la servidumbre de un acueducto, no hay porqué tener en cuenta obras ya hechas para otros usos y fines, en forma arbitraria e ilícita.

"12. Pero hay más: deseaba el señor Robles Samper regar su predio por dos puntos distintos, para mayor comodidad y beneficio de sus labores agrícolas, y para ello abrió otro canal, sacado del acueducto ya mencionado y que es como una ramificación de él: éste se abre en el centro, más o menos, del predio del suscrito, va más inclinado hacia el Suroeste y encuetra el canal primitivo para salir por el mismo rumbo hacia su predio, pasando la línea férrea cerca del kilómetro 53.

"13. Utiliza, pues, del canal primeramente construído un pedazo en la salida del canal madre, y otro, en la entrada a su predio por el kilómetro 53.

"14. La curva descrita por el canal que derrama más volumen de aguas sobre el predio del suscrito, puede enderezarse; la salida puede alzarse hacia el Este, al salir del canal madre, y de ese modo, al mismo tiempo que hace más corta la servidumbre, es menos costosa, y hasta las aguas, en vez de ir con el nivel forzado, van siguiendo el descenso natural de la corriente.

"15. El hecho de tener que llevar las aguas con un nivel inconveniente, dada la condición quebrada del terreno, y el sacar un segundo canal por el mismo predio para construír dos canales en vez de uno, ha hecho necesario construir alzamientos, pasadizos, muros laterales y trancas o tomas, todo de concreto y ladrillo, las cuales edificaciones obstaculizan el predio del suscrito y en parte se oponen al curso de quebradas naturales, con lo cual en invierno se inundan los terrenos.

"16. Tratándose de una servidumbre, que se crea establecida en la ley como legal, ella, es verdad, que no requiere la sentencia judicial en todos los casos; pero la ley sobre la materia ha hecho de preferente aplicación a las servidumbres, sin distingiur la constitución del goce y la extinción, las disposiciones del Código de Policía. Y al tenor de los reglamentos dichos, en esta región y en el tiempo en que necesitaba el señor Robles Samper llevar aguas a su predio, en el segundo semestre de mil novecientos catorce, cuando más, el rumbo y dirección de las servidumbres legales de acueductos se fijaban con la intervención de peritos y de las partes. De esta manera había medios de tener en cuenta la justicia de los intereses de cada parte. Por más que haya derecho a conceder una servidumbre legal de acueducto, jamás puede aceptarse que semejante limitación del dominio quede sujeta a los planes y ventajas exclusivos de una sola parte.

"18. El demandado, al servirse de un predio ajeno y gravarlo de hecho, ha cometido un delito, en cuanto ha usado una cosa ajena sin el consentimiento del dueño, o una culpa por el daño causado que le es imputable. Debe, pues, una compensación adecuada a la infracción de la ley y al atentado a la propiedad privada de sus vecinos; y por ello debe la indemnización o el valor del uso que ha hecho y continuará haciendo de lo que no es suyo.

"19. Debe también el valor de la zona ocupada por la construcción del canal, en los términos de la ley,

"20. Como demostración de cómo sabe el señor Robles Samper que le falta razón en esta demanda, se aduce el hecho de que en el año pasado compró él o su hijo, para él, un lote de terreno adyacente a éste, y de igual extensión, que era de la señora Catalina Elías de Politano, para impedir que dicha señora o su esposo lo demandaran, de este mismo modo o por otra vía legal, más rápida y parecida a la usada por el señor Robles Samper, al construir los canales.

"21. Se une expresamente la propiedad del causante del suscrito a la que ahora se alega, y lo mismo la posesión, tomando ésta con sus calidades y vicios."

El señor Robles Samper contestó la demanda por medio de un apoderado, quien resumió así su pensamiento:

"Se trata de una acción negatoria de la servidumbre legal de acueducto, como principal, y de otra subsidiaria, en que se pide, caso de reconocerse la servidumbre legal, que debe ejercerse por otro modo particular, atravesando los canales otra zona del terreno. Sobre estas bases se pide, como consecuencia, que se ordene la demolición y abandono de las obras construídas. Pero, en primer lugar, la consecuencia no es consecuencia, puesto que el acueducto construído puede estar autorizado por una servidumbre voluntaria, como en efecto lo está así: por contrato entre mi poderdante y el causante del derecho que dice tener el autor y por prescripción. (La prescripción puede referirse también al modo particular de usar la servidumbre: artículo 945, Código Civil). En el juicio no se puede discutir la existencia de la servidumbre voluntaria, porque nada se ha demandado al respecto. La servidumbre legal existe con arreglo a los artículos 919 del Código Civil y 54 del Fiscal, porque el predio sirviente se interpone entre el río Frío y el predio dominante, que carece de otras aguas de riego.

"El demandante carece, además, de la acción negatoria, por no ser dueño del terreno, que es baldío. Para que la acción prospere, por otra parte, es necesario acreditar que mi poderdante continúa siendo dueño del terreno.

"Cuando se trata de servidumbre, nada se debe por concepto de frutos ni de indemnizaciones de carácter delictuoso. A lo más se debe el precio de la faja ocupada por los canales, conforme a la ley. Esto último se niega, porque el demandante no es dueño; porque al vender Antonio Elías a Robles Samper la tercera parte del acueducto, vendió la parte proporcional al terreno ocupado por éste, y porque cuaquier derecho que hubiera, está prescrito." (Folio 131).

El catorce de noviembre de mil novecientos veinticinco, el Juez profirió sentencia, negando las declaraciones de la demanda.

Apeló el apoderado del demandante y el Tribunal Superior de Santa Marta, en sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos veintisiete, falló así el litigio:

"Por todo lo expuesto, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y dispone a su vez, que no hay lugar a la servidumbre de acueducto entre los predios del demandante y del demandado Francisco Elías y José Francisco Robles Samper; que deben demolerse las obras que caracterizan el actual **acueducto** de las fincas nombradas y condena al demandado al pago de los perjuicios que se tasen en juicio aparte."

Robles Samper interpuso recurso de casación contra esta sentencia.

En sentencia dictada por la Corte el treinta de junio de mil novecientos treinta, se infirmó por segunda causal la del Tribunal, con el fin de que éste resolviera sobre la excepción de prescripción.

Hízolo así, por medio de la sentencia de treinta de junio de mil novecientos treinta y uno. En ella desechó la excepción y declaró no haber lugar a la servidumbre de acueducto, ordenando la destrucción de las obras que la caracterizan. El pago de perjuicios lo remitió a juicio separado.

Nuevamente el señor Robles Samper interpuso recurso de casación, el cual se admite, por hallarse en las condiciones legales.

Su apoderado invoca las causales primera y segunda de la Ley 169 de 1896.

Como motivo de la segunda se dice que hay exceso en el fallo, porque habiéndose demandado sobre la servidumbre legal del acueducto, se resolvió sobre toda clase de servidumbre, o sea comprendiéndose la legal y la voluntaria.

Empero, en la anterior sentencia de casación se examinó y desestimó este motivo. Allí se expuso lo siguiente, que es aplicable aquí:

"El Tribunal consideró que se trata de una acción negatoria; que por ello incumbía al demandado dar la prueba del derecho con que ejercita el gravamen y que tal prueba no la adujo. Partiendo de estas premisas, declaró sin lugar la servidumbre de acueducto entre los predios del demandante y el demandado y ordenó la destrucción de las obras que caracterizan el actual acueducto.

"Como consecuncia de las dos peticiones de la demanda, principal y subsidiaria, solicitó Elías la condenación de Robles Samper a demoler, destruír y abandonar las obras construídas por él para el aprovechamiento del canal, a lo cual accedió el sentenciador; mas como esto estaba expresamente demandado, no es dable sostener que, al proceder así, el Tribunal condenó a más de lo pedido. No se ha incurrido, pues, en la segunda causal de casación por este aspecto."

Si es viciosa la decisión del Tribunal sobre este punto, ha debido ser impugnada por primera causal.

Otro motivo de la segunda causal consiste en que en la parte resolutiva de la sentencia recurrida no se determinaron los predios dominante y sirviente; por donde dicha sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, como que no las resuelve clara y precisamente. Mas adviértase que la parte resolutiva del fallo se acomoda a la parte petitoria del libelo, y así resultan falladas las pretensiones aducidas, sin que se ofrezca duda acerca de cuáles son los predios a que se refiere aquella parte resolutiva, que no debe ser tomada con prescindencia de la parte motiva del fallo.

Aléganse por primera causal varios motivos, que se traducen en violaciones de textos legales y errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Como la Corte halla justificado uno de esos motivos, abarcador de todo el fallo recurrido, a él limita su estudio (artículos 11 de la Ley 90 de 1920 y 538 del actual Código Judicial).

Ese motivo es el séptimo de la demanda de casación.

Allí manifesta el autor del recurso que el sentenciador, después de establecer lo que, según él, debió probar el demandado para dar vida al derecho de obtener la servidumbre, llega a la conclusión de que éste no acreditó

que su predio esté separado de la corriente de aguas, ni que necesite de ellas para los cultivos, y por eso declara fundada la acción negatoria.

Pues bien: en los autos están las pruebas requeridas, consistentes en afirmaciones del demandante, al formular las preguntas de las posiciones que se leen en los folios 3 y 4 de su cuaderno de pruebas y en la propia demanda. Que el predio del demandante se interpone entre la corriente de agua y la heredad del demandado, es cosa que la dicen las afirmaciones y la demanda; pues al tenor de estas piezas, la heredad no limita con el río Frío, y las aguas tomadas de éste y llevadas por el canal que motiva la querella pasan por la finca primeramente citada.

No queda duda de la interposición. Y lo afirmado en la posición 9ª y en la 10, demuestra que los terrenos del demandado necesitan las aguas para el cultivo del banano, pues sin ellas no es posible beneficiarlo, a pesar de ser adaptables a ese cultivo. Así está demostrado que la heredad carecía de las aguas indispensables para el cultivo de las plantaciones.

Transcribe el recurrente las posiciones 9ª y 10 y asegura en seguida que, dentro de las ideas del Tribunal, es lógico concluír que el demandante probó los hechos necesarios para no desconocer la servidumbre legal, y que el fallo debió desechar las acciones establecidas.

El sentenciador—agrega el recurrente—incurre en un visible error de hecho al no apreciar la demanda y las varias afirmaciones hechas por el demandante como demostrativas de los elementos que originan la servidumbre legal del acueducto, y, en consecuencia, viola el artículo 919 del Código Civil, porque no lo aplicó al caso del pleito, para tener como establecida la servidumbre en cuestión, y viola los artículos 1769 del mismo Código y 556 del Judicial, porque no asigna a las confesiones la fuerza que tienen, según éstos.

Se considera:

No indicó detalladamente el recurrente cuáles son los pasos de la demanda en que de manera concreta reconoce el demandante la interposición del predio suyo entre la corriente de agua y el de Robles y la carencia de agua de este último para el cultivo del banano. Empero, de algunos hechos del libelo, como el 5º, el 8º, el 11, el 15 y el 18, sí se desprende, sin la menor incertidumbre, que el lote de Elías se interpone entre el cauce primitivo de las aguas y el lote que el demandado hubo de Julio R. Sánchez.

Las posiciones 9ª y 10, que se dicen erróneamente interpretadas, son del tenor siguiente:

"Novena posición. Diga el señor José Francisco Robles Samper cómo es cierto, sí o nó, y yo lo afirmo, que los terrenos comprados por el absolvente al señor Julio R. Sánchez, aunque adaptables al cultivo de bananos, no podían beneficiarse porque no era posible regarse con las aguas obtenidas de los señores Ropaín y Elías, echadas por el canal con que se venía regando la finca **La Fe**; pues el más alto nivel de este terreno, por su situación de más cercano a las últimas estribaciones de la cordillera, impedía llevar aguas a la mayor parte de ese lote.'

"Décima posición. Diga el absolvente cómo es cierto, sí o nó, y yo lo afirmo, que por no ser posible regar el lote comprado a Julio R. Sánchez por el canal que llevaba aguas a la finca **La Fe**, el absolvente hizo construír por su cuenta, de su orden y para su provecho, un nuevo canal con la siguiente dirección....."

Al formular estas posiciones, afirma el demandante que el terreno comprado por Robles Samper a Julio R. Sánchez es adaptable al cultivo de bananos y que, sin embargo, no era dado beneficiarlo con ese cultivo, porque no podía ser regado con las aguas que iban a la finca de **La Fe**, por la cual el demandante hizo construír por su cuenta el acueducto que se impugna en el presente litigio.

Estas afirmaciones constituyen una verdadera confesión, al tenor del artículo 556 del Código Judicial vigente cuando fueron proferidas, porque son manifestaciones hechas en un acto judicial. La jurisprudencia tiene de antiguo decidido que valen como confesión las aseveraciones contenidas en las preguntas de las posiciones.

Se arguye que, como Robles Samper dio respuesta negativa a la posición 9ª, no puede ésta ser tomada como confesión favorable para dicho señor; pero la Sala estima que el hecho de la negación no le quita a la pregunta de la posición el carácter de manifestación de un hecho por parte del demandante, la cual manifestación equivale a una confesión.

En resumen: de conformidad con la demanda, en los hechos susodichos, el terreno comprado a Sánchez por el demandado está separado de la corriente principal del agua por el predio del demandante; y con arreglo a lo afirmado en las posiciones 9ª y 10, ese terreno es apto para el cultivo del banano, cultivo que no era factible porque aquél no puede ser regado por el canal que va a **Santa Fe**, que es lo mismo que decir que el terreno carecía de las aguas necesarias para el cultivo. Luego el sentenciador, al desconocer esto, incurrió en un evidente error de hecho en la apreciación de la demanda y de las citadas posiciones, error que lo llevó a la violación del artículo 919 del Código Civil, por no haberlo aplicado. Si con las confesiones del demandante se halla acreditada la existencia de los elementos conducentes a la servidumbre legal de acueducto, según este artículo,—carencia de aguas necesarias para el cultivo del plátano en el terreno de Robles Samper (terreno apropiado a ese cultivo), e interposición del predio del demandante entre la corriente principal y el terreno de que se trata,—mal ha podido decidirse que el predio del demandante no le debe la servidumbre al otro.

Es, por tanto, el caso de infirmar la sentencia; y con la mira de resolver en instancia, se hacen las siguientes observaciones:

Como, según lo explicado antes, el predio de Robles Samper se encuentra legalmente en el caso de gozar de servidumbre de acueducto sobre el del demandante, señor Elías, es improcedente la petición principal de la demanda.

La petición subsidiaria se encamina a obtener la declaración de que el predio del citado señor Elías no está obligado a soportar la servidumbre por la zona por donde actualmente pasan dos canales artificiales, que en la misma petición se detallan.

Esta petición implica, en concepto de la Sala, la afirmación de que el acueducto actual no reúne, en cuanto a su rumbo, las condiciones estatuídas por el artículo 922 del Código Civil; y, por tanto, como el demandante quiere que se modifique la situación de hecho establecida, a él incumbía dar la prueba de que otro rumbo que se le diera al acueducto sería el acomodado a las prescripciones del artículo.

Comprendiendo el demandante su obligación de probar esto, hizo practicar una diligencia pericial en la pri-

mera instancia, pero ella no puede ser apreciada, entre otras razones, porque no intervino uno de los peritos principales, ni fue reemplazado debidamente, de donde resulta que la prueba carece de valor.

Por tal motivo, tampoco ha de prosperar la petición subsidiaria.

El Juez negó las peticiones en la sentencia con que puso fin a la instancia; y dicha sentencia habrá de ser confirmada por lo expresado en la presente.

Por lo demás, es claro que el señor Elías tiene derecho para que Robles Samper le pague el valor de las indemnizaciones a que se contrae el artículo 923 del Código citado.

Si no se hacen las declaraciones de las peticiones principal y subsidiaria, consecuencialmente no es el caso de ordenar la destrucción de las obras puestas para el servicio del acueducto.

No estando acreditadas las acciones, no hay porqué resolver acerca de la excepción de prescripción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, infirma la sentencia a que se refiere el presente recurso y en lugar de ella resuelve:

Confírmase la sentencia de primer grado, proferida el catorce de noviembre de mil novecientos veinticinco por el Juez del Circuito de San Juan del Córdoba.

Al demandante Francisco Elías le queda a salvo el derecho de obtener del demandado Francisco Robles Samper las indemnizaciones preceptuadas en el artículo 923 del Código Civil.

No es el caso de resolver sobre la excepción de prescripción.

Sin costas en el recurso de casación.

Notifíquese y cópiese esta sentencia; publíquese en audiencia y en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juez 2º del Circuito de Medellín, el señor Marco A. Ochoa V., obrando en su propio nombre y también en representación de los señores Luis M. Arango S., Hermelina Arango viuda de Palacio, Martina Arango de Echeverri, Matilde Arango de Velásquez, Leonor Arango de Ruiz, Santos Arango de Vélez, Fernandina Arango de Trujillo y Magdalena Arango viuda de Henao, demandó por la vía ordinaria a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, formada por los señores Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, y a la sucesión ilíquida de los mismos, representadas ambas por los señores Ernesto, Roberto, Pedro A. y Eduardo Estrada, Fidelina Estrada de E., casada con el señor Rubén Estrada, y Evangelina Estrada de R., casada con el señor Rubén Restrepo, para que se hagan las declaraciones siguientes:

"Primera. Que el suscrito y cada uno de sus poderdantes es dueño de un derecho indiviso proporcional, de doscientos veintisiete pesos sesenta y cuatro centavos ($ 227-64), en relación con el valor total de dos mil doscientos pesos ($ 2,200) oro, en un lote de terreno con sus accesorios, situado en este Municipio, en la fracción de **Belén**, comprendido por estos linderos: por un costado, con la quebrada **Altavista**; por otro costado, con propiedad de Nicolasa Alvarez, y por los dos costados restantes, con calles o carreteras públicas.

"Segunda. Que la sociedad conyugal y la sucesión ilíquidas de los señores Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, representadas por los herederos ya mencionados, como poseedores u ocupantes del expresado lote de terreno, están en la obligación de restituír al suscrito y a cada una de las personas en cuyo nombre represento, un derecho en esa finca, igual a la cuota determinada en el aparte anterior número primero.

"Tercera. Que la sociedad y sucesión demandadas, y representadas por los herederos mencionados, están en la obligación de pagar al suscrito y a cada uno de sus representados, y en la proporción antedicha, los deterioros que por hecho o culpa suya haya sufrido la finca.

"Cuarta. Que en igual proporción deben restituír al suscrito y a sus mandantes los frutos naturales y civiles de la finca especificada en el número primero de los hechos fundamentales de la demanda, y no sólo los percibidos, sino los que con mediana inteligencia y cuidado hubieran podido percibir, estando los derechos en su poder, cuyos frutos serán los percibidos del primero de enero de mil novecientos quince en adelante; y en caso de que esos frutos no existan, el valor que tuvieren al tiempo de su percepción, todo lo cual será estimado por peritos.

"Quinta. Que deben pagar las costas del juicio, si dieren lugar a que se adelante."

Como fundamento de su acción citó el demandante los artículos 946, 947, 949, 950, 952, 961, 963, 964, 968, 973, 1013, 1155, 1401, 756, 759, 2652; 2512; 2525, 2518, 2522, 2527, 2528 y 2532 del Código Civil, y los siguientes hechos:

"1º El señor Fabriciano Arango, por escritura número 1126, de primero de diciembre de mil ochocientos ochenta y dos, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, adquirió del señor Alejandro Arango E. un terreno con casa de tejas y demás mejoras, situado en el barrio de Belén, de este Distrito, que linda: por un costado, con propiedad del comprador; por otro costado, con la quebrada **Altavista**; por otro, con propiedad de Nicolás Alvarez, y por el otro, con propiedad de Teresa Maya, cuyo título, debidamente registrado, acompaño.

"2º Del terreno mencionado en el número anterior, hace parte integrante un lote comprendido por estos linderos: por un costado, con la quebrada **Altavista**; por otro costado, con predio de Nicolasa Alvarez, y por los dos costados restantes, con calles o carreteras públicas.

"3º En las sucesiones acumuladas de los cónyuges señores Fabriciano Arango y Santos Saldarriaga de Arango, fue inventariado el expresado lote de terreno como adquirido por la sociedad conyugal de los citados esposos, y en manos de tercero poseedor, según diligencias de veintitrés de octubre de mil novecientos veinte y veintisiete de enero de mil novecientos veintiuno, que constan en las diligencias que acompaño en copia, a folios 7 vuelto y 9 vuelto.

"4º Las diligencias de liquidación, partición y adjudicación de los bienes inventariados en el doble juicio de sucesión de los señores Fabriciano Arango y Santos Saldarriaga de Arango, fueron aprobados por el Juzgado 3º

de este Circuito en lo Civil, en sentencia de dos de diciembre de mil novecientos veintiuno, registrada en seis de los mismos, y en la partición se adjudicó a cada uno de mis comitentes un derecho indiviso por valor de $ 227-64 oro, en relación con el valor total del inmueble, avaluado en inventarios en la cantidad de $ 2,200 oro, quedando cada uno de mis poderdantes y el señor Antonio J. Gaviria, subrogatario de los derechos del heredero Eugenio Arango, dueño en esa finca de la mencionada porción de $ 227-64 oro. Acompaño las copias debidamente registradas de las respectivas hijuelas.

"5º Como al señor Antonio J. Gaviria se le adjudicó la acción y derecho por $ 227-64 oro en el terreno inventariado en los números 8 y 8 de las sucesiones acumuladas de los señores Fabriciano Arango y Santos Saldarriaga de A., dicho señor Gaviria, en la escritura número 2294, de diez y seis de diciembre de mil novecientos veintiuno, otorgada ante el Notario 1º de este Circuito, hizo las siguientes manifestaciones:

"1ª Que por escritura número 388, otorgada en la misma Notaría el veintiséis de febrero de mil novecientos veintiuno, el señor Eugenio Arango S. le vendió al otorgante, con pacto de retroventa, los derechos hereditarios que le correspondieran o pudieran corresponderle en las sucesiones acumuladas de sus padres Fabriciano Arango y Santos Saldarriaga.

"2ª Que habiéndose terminado ya el juicio de sucesión de los citados señores Arango y Saldarriaga, al otorgante, como subrogado que estaba en los derechos hereditarios del citado señor Arango S., se le adjudicó, entre otros bienes, los siguientes:

. . . . . .

'b) Acción y derecho por valor de $ 227-64, en el terreno con casa de tapias y tejas, inventariado como en poder de terceros poseedores, bajo los números 8 y 8 de ambas sucesiones.

. . . . . .

'Cuarto. Que por cuanto su vendedor, en tiempo hábil, ha hecho uso del derecho de retroventa, el compareciente le retrovende al expresado señor Eugenio Arango S. los bienes que se dejan determinados.

'Acompaño la escritura debidamente registrada.

'Por escritura número 1303, de veinte de junio de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, el señor Eugenio Arango S. vendió al suscrito y al señor Cosme Marulanda lo que pueda corresponderle en el asunto de un pleito que cursaba en el Juzgado 3º del Circuito de Medellín, respecto a un derecho que le correspondió por muerte de sus padres; litigio que versaba sobre la propiedad de un lote de terreno con casa de tapias y tejas y demás mejoras y anexidades, situado en este Departamento, en la fracción de **Belén**, y que linda: por un costado, con propiedad del comprador; por otro, con la quebrada **Altavista**; por otro, con propiedad de Nicolás Alvarez, y por el otro costado, con propiedad de Teresa Maya; y por escritura número 37, de siete de enero último, pasada ante el Notario 3º de este Circuito, el señor Cosme Marulanda vendió al suscrito Marco A. Ochoa V. la mitad de lo que pueda corresponder al señor Eugenio Arango S. en el terreno litigioso, de que trata la escritura número 1303, de veinte de junio de mil novecientos veinticuatro. Acompaño también estas escrituras debidamente registradas.'

"6º Por título de hijuela número 9, en la sucesión de los cónyuges Arango y Saldarriaga, correspondió a la señora Rita Arango de E., representada por sus legítimos hijos Ernesto, Roberto, Fidelina, esposa de Rubén Estrada; Evangelina, esposa de Rubén Restrepo; Pedro A. y Eduardo Estrada, acción y derecho por valor de ciento cincuenta y un pesos veinticuatro centavos, en el terreno con casa de tapias y tejas, inventariado como en poder de terceros poseedores, bajo los números 8 y 8 de ambas sucesiones. Acompaño esta hijuela debidamente registrada, y, conforme a la relación que he hecho de las adjudicaciones, las cantidades suman el valor de dos mil doscientos pesos oro, que se fijó en inventarios al lote de terreno repartido en acciones y derechos.

"7º El apoderado de los señores Luis María, Hermelina, Matilde y Leonor Arango, propuso en demanda de treinta y uno de mayo de mil novecientos veintidós, acción reivindicatoria contra el señor Rubén Estrada S., para que se declarara que cada uno de sus poderdantes es dueño de un derecho indiviso proporcional de $ 227-64 oro, en relación con el valor total de $ 2,200 oro, en un lote de terreno con sus accesorios, situado en este Municipio, en la fracción de **Belén**, comprendido por estos límites: por un costado, con la quebrada **Altavista**; por otro costado, con propiedad de Nicolasa Alvarez, y por los dos costados restantes, con calles y carreteras públicas; para que se obligara al poseedor señor Rubén Estrada S. a restituir las acciones y derechos, deterioros y frutos naturales, etc., juicio que fue fallado por el señor Juez 4º del Circuito en lo Civil, según sentencia de dos de abril de mil novecientos veintitrés, que niega las peticiones de la demanda, y por el honorable Tribunal Superior, en sentencia de veintiocho de abril de mil novecientos veinticuatro, que revocó la del Juzgado, y en su lugar declaró establecida la excepción perentoria **de petición de un modo indebido.**

"8º El honorable Tribunal, en la sentencia, dedujo que la demanda de treinta y uno de mayo de mil novecientos veintidós se dirigió contra una persona que no estaba obligada a responder de la acción, porque posee y administra como representante de su mujer en su carácter de heredera, y que esa ocupación se verificaba en nombre de una sucesión. Y como de todas las razones en que el Tribunal fundó su fallo, se desprende que los poseedores del terreno en que mis poderdantes y el suscrito tienen acción y derecho, fueron primero los cónyuges Rita Arango de Estrada y Marco Antonio Estrada, y hoy la sucesión ilíquida de estos señores y la sociedad conyugal formada por ellos, también ilíquida, los representantes, tanto de la sucesión como de la sociedad conyugal, señores Ernesto, Roberto, Fidelina, Evangelina, Pedro A. y Eduardo Estrada Arango, hijos legítimos de los mencionados cónyuges, son los actuales poseedores del lote de terreno alinderado en el número 1º de estos hechos. La señora Evangelina Estrada está casada con el señor Rubén Restrepo, y la señora Fidelina Estrada lo está igualmente con el señor Rubén Estrada, según se acredita con las respectivas partidas que acompaño.

"9º En las posiciones que acompaño, en copia expedida el nueve de diciembre último por el señor Secretario del Juzgado 3º de este Circuito en lo Civil, absueltas por el señor Fabriciano Arango el catorce de febrero de mil novecientos veinte, sostuvo ser él siempre el dueño legítimo de la finca alinderada en la escritura número 1126, de primero de diciembre de mil ochocientos ochenta y dos, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, y que esa finca se la prestó a los cónyuges Marco A. Estrada

y María Rita Arango de E. para que vivieran en ella, por ser la señora Arango de E. su hija, pero siempre conservando la dirección y dominio del inmueble, y ejercitando en él toda clase de actos de dominio.

"10. La posesión que tenía el señor Alejandro Arango E. sobre el inmueble en cuestión, y la que tuvo la señora Santos Saldarriaga de Arango, pasó a los herederos de estos cónyuges y a los que hemos adquirido derechos de los herederos, y estas posesiones, unidas también a las que tuvo el señor Isidro Arango, padre de Alejandro Arango E., respaldadas por títulos de dominio conforme al Título 41 del Libro 4º del Código Civil.

"11. Para fundamentar lo más claramente posible los hechos que enumero en este libelo, y para que de una vez quede identificado el inmueble a que se refiere el número 1º de estos hechos, y tener base para una identificación, si fuere necesaria, acompaño en copia legalizada declaraciones de testigos y diligencias de inspección ocular, piezas que se han tomado del juicio ordinario de los señores Luis M. Arango S. y otros contra el señor Rubén Estrada, que se encuentra en el Juzgado 3º de este Circuito. Además, acompaño copia de las posiciones absueltas por el señor Rubén Estrada el veintiuno de abril de mil novecientos veintidós, ante el señor Juez 2º de este Circuito (folio 32 del cuaderno de los documentos); copia de las posiciones absueltas por el mismo, el veintiocho de septiembre de mil novecientos veintidós, ante el señor Juez 3º de este Circuito, y copia de posiciones absueltas ante el mismo señor Juez, por los señores Fabriciano Arango, Matilde Arango de V. y Hermelina Arango de P., para que se tengan todos estos documentos como prueba.

"12. Los señores Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada fueron casados legítimamente, y ambos murieron, según se acredita con las partidas eclesiásticas.

"13. La señora Martina Arango de Echeverri dio poder general al doctor Clímaco A. Paláu, y la señora Hermelina Arango de P., al doctor Alfonso Palacio A., quienes, a su vez, me han sustituído sus poderes para obrar en este juicio. La señora Matilde Arango de V., casada con el señor Juan Pablo Velásquez; la señora Leonor Arango de R., casada con el señor Lisandro Ruiz A.; la señora Fernandina Arango de T., casada con el señor Esteban Trujillo, y la señora Santos Arango de V., casada con el señor Luis E. Vélez M., me han otorgado poderes, autorizadas debidamente por sus maridos. En vista de los poderes que expresamente acepto para los efectos legales, usted se dignará reconocerme personería."

Los demandados contestaron la demanda, aceptaron los hechos tercero, undécimo, duodécimo y décimotercio. Respecto del primero, dijeron ser cierto que don Fabriciano Arango adquirió de Alejandro Arango E. el inmueble que determina la escritura número 1126, de primero de diciembre de mil ochocientos ochenta y dos, otorgada ante el Notario 2º de Medellín, pero advirtiendo que esa adquisición la hizo el señor Arango, primeramente nombrado, con dinero de la señora Rita Arango, y que por este motivo los esposos Estrada y Arango poseyeron el inmueble desde la fecha de la escritura, y muertos ellos, continuaron en la posesión sus herederos. Negaron los otros hechos, y en el mismo escrito propusieron algunos de ellos las excepciones perentorias de inepta demanda y la de prescripción adquisitiva del dominio.

El Juez falló así:

"1º No están probadas las excepciones propuestas por los demandados.

"2º Los señores Marco A. Ochoa V., Luis M. Arango S., Hermelina Arango viuda de Palacio, Martina Arango de Echeverri, Matilde Arango de Velásquez, Leonor Arango de Ruiz, Santos Arango de Vélez, Fernandina Arango de Trujillo y Magdalena Arango viuda de Henao, son dueños de un derecho indiviso proporcional de doscientos veintisiete pesos sesenta y cuatro centavos ($ 227-64), en relación con el valor total de dos mil doscientos pesos ($ 2,200) oro, en un lote de terreno con sus accesorios, situado en este Municipio, en la fracción de **Belén**, comprendido por estos linderos: por un costado, con la quebrada **Altavista**; por otro costado, con propiedad de Nicolasa Alvarez; por los dos costados restantes, con calles o carreteras públicas.

"3º La sociedad conyugal disuelta y la sucesión ilíquida de los señores Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, representada por los herederos Ernesto, Roberto, Pedro A. y Eduardo Estrada, Fidelina Estrada de E. y Evangelina Estrada de R. como ocupantes del expresado lote de terreno, están en la obligación de restituír a cada una de las personas citadas en el numeral anterior, un derecho de la finca, igual a la cuota determinada en la anterior declaración.

"4º La sociedad y sucesión demandadas y representadas por los herederos mencionados atrás, están en la obligación de pagar a los demandantes, proporcionalmente a sus cuotas, los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido la finca, desde el cuatro de marzo de mil novecientos veintisiete, hasta que se haga la entrega.

"5º En la misma proporción deben los demandados restituír a los demandantes los frutos naturales y civiles de la finca y los que con mediana inteligencia y cuidado hubieran podido percibir estando los derechos en poder de los dueños, desde el cuatro de marzo de mil novecientos veintisiete hasta que se haga la entrega del bien. La estimación del valor de los deterioros y de los frutos se hará en juicio separado.

"6º Dése orden al señor Registrador de instrumentos públicos para que cancele la inscripción que ha hecho del bien litigioso en el libro de demandas civiles.

"No hay condenación en costas."

Por apelación que interpusieron los demandados, el Tribunal, en sentencia de fecha cinco de septiembre de mil novecientos treinta, revocó el fallo y decidió:

"1º Se declara probada la excepción perentoria de prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio en favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formaban los señores Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, y de las sucesiones por causa de muerte de los mismos, representadas por los señores Ernesto, Roberto, Pedro A. y Eduardo Estrada; Fidelina Estrada de E., casada con Rubén Estrada, y Evangelina Estrada de R., casada con Rubén Restrepo, en relación con un lote de terreno con sus accesorios, situado en este Municipio, en la fracción de Belén, comprendido por estos linderos: por un costado, con la quebrada **Altavista**; por otro costado, con propiedad de Nicolasa Alvarez, y por los dos costados restantes, con calles o carreteras públicas.

"2º En consecuencia, se absuelve a los demandados en relación con las peticiones de la demanda.

"No hay lugar a condenación en costas."

Los demandantes interpusieron casación contra dicho fallo, recurso que es admisible, y por ello procede la Corte a resolverlo.

Al interponer dicho recurso, el apoderado de los actores alegó las causales primera y segunda de las que reconocía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, pero los reparos que se hacen al fallo se concretaron a la causal primera. Ante la Corte no se presentó ninguna demanda.

Causal primera.

Contiene varios motivos.

Primer motivo. Violación de los artículos 946, 947, 949, 950, 952, 961, 963, 968, 973, 1013, 1155, 1401, 756, 759. 2652, 2512, 2525, 2518, 2522, 2527, 2528 y concordantes del Código Civil, y 2531, 2532 de la misma obra. Los primeros por no haberlos aplicado y los últimos por indebida aplicación al caso del pleito.

Para sustentar este cargo, después de transcribir el recurrente lo que el Tribunal dijo para reconocer que estaba probada de parte de los demandantes la propiedad del terreno y casa materia de la reivindicación, pero que esta acción aparece enervada por la prescripción extraordinaria que alegaron los demandados, el autor del recurso reproduce como primer motivo lo dicho por el Juez de primera instancia.

Estos conceptos del Juez pueden resumirse en lo siguiente:

Que don Fabriciano Arango, causante de los actores, dijo en posiciones que absolvió, que si bien los señores Marco A. Estrada y María Rita Arango de Estrada habían ocupado la finca materia de la reivindicación y la casa en ella edificada, por más de treinta años, el absolvente Arango había conservado en ellos el dominio, porque cercaba la finca, la ocupaba con ganados, arreglaba y componía la casa y los cercos, y por lo mismo no era cierto que los demandados hubieran sido legalmente poseedores, lo que, en concepto del Juez, no se opone a que el mismo señor Arango reconociera que los demandados eran ocupantes, porque lo que éste quiso decir fue que los demandados eran comodatarios. Que esto lo afirman los testigos Salvador Velásquez, Tristán Cardona e Isaac Taborda, quienes exponen que, por conocimiento personal, les consta que Fabriciano Arango ejerció actos de dominio en el lote de terreno materia del juicio, porque lo entregó a cosecheros para cultivarlo, dándoles parte de los productos; que cedió al Municipio de Medellín dos fajas de dicho terreno para calles públicas, y sostuvo una querella de policía con el señor Belisario Rodríguez; que los herederos de los demandados Marco A. Estrada y Rita Arango reconocieron el dominio de los herederos de don Fabriciano Arango, porque durante mucho tiempo estuvieron dando parte de los productos que adquirieron por cultivo en tal terreno; que el mismo señor Arango conservó hasta su muerte el dominio en las mismas fincas, porque ejecutó allí actos positivos, indicativos de dominio, como arreglar la casa y los cercos del terreno. Que los testigos citados, al ser repreguntados, se sostuvieron en sus declaraciones. De lo anterior, dedujo el Juez, y el recurrente acoge, que la prescripción extraordinaria alegada por los demandados no está probada, porque, de un lado, los que la alegan, reconocieron el dominio al antecesor de los demandantes, y de otro, porque si bien los demandados presentaron varias declaraciones para acreditar que la familia Estrada, demandada, entró a ocupar el lote, y no reconoció dominio de ningún género a los demandantes, esas declaraciones tienen mejor valor probatorio que las de los demandantes.

Se considera:

Como se ve, el recurrente se limita a invocar como fundamento del primer motivo de la causal primera, lo que el Juez dijo para sostener su fallo, pero sin atacar, conforme a las normas de la casación, la sentencia del Tribunal. Parece que la violación de los artículos 2531 y 2532 del Código Civil, por indebida aplicación, y de las disposiciones relativas a la reivindicación por no haberlas aplicado, la deriva el recurrente de no haber tenido el Tribunal en cuenta las declaraciones de Salvador Velásquez, Tristán Cardona e Isaac Taborda, aducidas con otras en primera instancia por los demandantes. Pero a esto observa la Corte que, como para reconocer la excepción de prescripción extraordinaria, el Tribunal tuvo en cuenta otras declaraciones traídas en segunda instancia por una y otra parte; el cargo en lo que puede ser atendible, hay que considerarlo con los de error de hecho y de derecho en la apreciación de las mismas declaraciones, o sea en el cargo tercero.

Segundo motivo. Violación directa de los artículos 946, 947, 949, 950 y concordantes del Código Civil, relativos a la acción reivindicatoria, por falta de aplicación, dice el recurrente, y por mala apreciación de las pruebas de la parte demandante.

Arguye el autor del recurso que, conforme a doctrina del Tribunal sentenciador, fundada en el artículo 778 del Código Civil, para que un poseedor pueda agregar a su posesión la de sus antecesores, es preciso demostrar el lazo jurídico que une a ese poseedor con sus antecesores, y que éstos hayan poseído con ánimo de dueños. Que como los demandados no han acreditado ninguno de estos requisitos, deben ser considerados como detentadores de mala fe, lo que corrobora—dice el recurrente—si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el artículo 2526 del Código Civil, "Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo."

Que, como lo reconoce la sentencia, don Fabriciano Arango adquirió la finca a que pertenecen las cuotas que se reclaman en la acción reivindicatoria deducida, conforme a la escritura número 1126, de primero de diciembre de mil ochocientos ochenta y dos, y no se desprendió en vida de esas propiedades, según él lo dijo bajo juramento en posiciones, y como se ha acreditado en ese juicio, con el certificado del Registrador de instrumentos públicos, que esa confesión de don Fabriciano tiene mucha fuerza legal, porque los demandantes son sucesores, y dicho señor sustuvo allí, que mantuvo siempre en la finca el dominio de ella, cercándola, ocupándola con ganado, arreglando y componiendo la casa y los cercos, cediendo fajas de terreno para calles públicas, y que dio a su hija María Rita Arango esa finca para vivir con su familia; que niega haberla comprado para dicha señora Arango de Estrada, sino para él, pero que después tuvo a bien prestársela, pero ocupándola él con animales suyos y bajo su dirección y dominio; que terminaron la casa con dinero suyo; cultivaban la tierra y les cedía la parte de frutos que, como propietario, le correspondía en las fincas. Por lo cual, dice el recurrente,

que tuvo razón el Juez al afirmar que la ocupación que han tenido los señores Estradas en la finca "no presume posesión, porque el detentador precario no posee, y porque la idea de don Fabriciano en las posiciones, es afirmar en todo caso que su hija Rita y su esposo fueron meros comodatarios. Que si bien don Fabriciano no es parte en este juicio, esas afirmaciones tienen mucha importancia, por ser él quien adquirió el terreno. De manera que—continúa el autor del recurso—don Fabriciano Arango tuvo justo título, y lo tienen los herederos, y sólo el propietario tiene derecho a la posesión, que en este caso ha sido siempre de buena fe, y, por consiguiente, si un individuo se apodera de un inmueble de que otro tiene título inscrito, aunque aquél lo haga con ánimo de dueño, no adquiere la posesión, porque no está cancelado el registro (artículos 789, 2611 y 2676 del Código Civil). Según eso—concluye el recurrente—de acuerdo con los títulos examinados las posiciones de don Fabriciano Arango y las declaraciones de Salvador Velásquez, Tristán Cardona e Isaac Taborda y otros, examinadas en la sentencia de primera instancia, los Estradas demandados "han sido detentadores precarios, pero no verdaderos poseedores, porque el que tiene una cosa con ánimo de señor o dueño, no puede reconocer dominio ajeno. Apoya el recurrente los conceptos anteriores con citas de un expositor colombiano, sobre lo que son los poseedores precarios, y con parte de alegato suyo aducido en la primera instancia, en que sostuvo que los cónyuges Marco A. Estrada y María Rita Arango ocuparon el terreno materia del litigio desde el año de mil ochocientos ochenta y dos al tres de abril de mil novecientos once, o sean veintiocho años, cuatro meses y dos días, y doña Rita, hasta el diez y siete de noviembre de mil novecientos doce, o sean veintinueve años, once meses y diez y siete días, descontando dos años que vivieron en otras fincas de don Fabriciano. De suerte, dice el autor del recurso, que cuando murieron dichos señores Estrada-Arango, no se había cumplido el tiempo para la prescripción extraordinaria, para los efectos de los artículos 2531 y 2532 del Código Civil.

Se considera:

De los fundamentos aducidos, parece que el recurrente deduce la violación directa de las disposiciones sustantivas que cita, de lo siguiente: de que los demandantes han acreditado su acción de dominio con títulos inscritos, que no han sido cancelados con otra inscripción, para que pueda haber prescripción extraordinaria; de que los demandados, para agregar a su posesión la de sus antecesores, debieron comprobar su carácter de herederos, para así tener posesión legal; que ni los esposos Estrada-Arango, ni los demandados, fueron verdaderos poseedores, sino poseedores precarios, porque don Fabriciano Arango, antecesor de todos, mantuvo hasta su muerte dominio sobre las fincas materia del litigio, como lo afirma él en posiciones y lo dicen los testigos Velásquez, Cardona y Taborda, y que los demandados y los esposos Estrada-Arango, sus antecesores, no poseyeron las fincas por treinta años.

Respecto de lo primero, observa la Corte que el Tribunal no desconoce que los demandantes acreditaron su derecho de dominio, pero encontró, y así lo declaró, que se había extinguido ese derecho por la prescripción extraordinaria. De modo que si el Tribunal hubiera violado las disposiciones sobre la acción reivindicatoria que cita el recurrente, no habría sido por violación directa, porque no dijo lo contrario de lo que ellas establecen, sino por error de hecho o de derecho en la aplicación de pruebas.

Que los demandados no comprobaron su título de herederos, tampoco dice el Tribunal que lo hubieran comprobado, al contrario, reconoce el hecho, pero dice que esa comprobación, en el caso, no era necesaria. Al efecto, se expresa así el sentenciador:

"Se ha discutido en este pleito si las personas naturales que figuran como demandadas pueden agregar a su posesión la de los señores Marco A. Estrada y Rita Arango, no habiendo en el expediente prueba legal de que aquellas personas sean herederas de los esposos Estrada y Arango. Debe tenerse en cuenta que los demandados lo han sido solos, en su calidad de herederos de tales esposos y de sucesores de la sociedad conyugal que éstos formaron; que, por tanto, se les ha demandado en la calidad de poseedores de la herencia y del derecho de suceder en la sociedad conyugal; que por lo que consta en el proceso, es claro que los Estradas tienen esa posesión, y que ellos mismos no poseen el inmueble disputado, sino como herederos de los esposos Arangos; que el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no pruebe serlo (artículo 762 del Código Civil); y que la posesión empezada por una persona difunta, se entiende continuada por la herencia, aunque ésta tenga la calidad de yacente (artículos 778 y 2531 del Código Civil). No es, pues, por tanto, indispensable en este caso, para el fin de que se trata, la prueba omitida."

Si el Tribunal incurrió en algún error en los conceptos anteriores, el recurrente ha debido demostrarlos de modo evidente, y no lo hizo.

Que ni Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, ni los demandados, son verdaderos poseedores, sino poseedores precarios o simples tenedores, porque así lo afirmó Fabriciano Arango en posiciones, y lo declaran Salvador Velásquez, Tristán Cardona, Isaac Taborda y otros testigos de la parte demandante, con lo que parece decir el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de estas declaraciones.

A esto observa la Corte:

Respecto de lo afirmado por el señor Fabriciano Arango, al absolver posiciones, no dice nada el Tribunal, sin duda porque siendo ascendiente de los demandantes, sus afirmaciones, tomadas como declaraciones, además de no tener la imparcialidad legal, debían estar respaldadas con pruebas.

En orden a la apreciación de las declaraciones de los testigos, el cargo, como ya se dijo, se considera en el siguiente.

Tercer motivo. Parece que en este cargo el recurrente estima que el Tribunal violó los artículos 777, 789 y 765 del Código Civil, por error de derecho en la apreciación de las pruebas de la parte demandante, porque ésta —dice—ha acreditado la posesión inscrita, conforme al Código Civil, y porque los testigos de la parte demandante afirman hechos precisos sobre los actos de dominio y posesión que ejercitó el señor Fabriciano Arango hasta su muerte sobre el terreno materia del litigio; que tanto los señores Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, cuando vivían, eran unos simples mayordomos y encargados de dicha finca, y muertos éstos, sus hijos siguieron ocupando el terreno y la casa de la sucesión de don Fabriciano y su mujer, reconociendo dominio de

los herederos de estas sucesiones, pues que mucho tiempo estuvieron dando parte de los productos que adquirían por cultivos en dicho terreno; que los testigos afirman que el señor Fabriciano Arango, desde el año de mil ochocientos ochenta y dos en que adquirió la finca por escritura número 1126, siempre se consideraba como dueño absoluto de su propiedad, hasta su muerte; que asimismo lo afirman varios de los demandantes en posiciones que absolvieron, o sea que después de muerto don Fabriciano Arango fue cuando los herederos del matrimonio Estrada-Arango se han querido llamar a derecho sobre el terreno, tratando de ejercer en él actos de señores o dueños, para dar pie a la excepción de prescripción. Pero que contra la posesión inscrita que han tenido los herederos de don Fabriciano Arango, y que no ha sido cancelada conforme al artículo 789 del Código Civil, no vale la prueba de testigos para acreditar una mera tenencia, pues ésta no cambia por el lapso de tiempo la situación jurídica de los demandados en posesión, de acuerdo con el artículo 777 del Código Civil. Por consiguiente—dice el autor del recurso—siendo justo título el alegado y probado por la parte demandante, al tenor del artículo 765 ibidem y concordantes, citados en la demanda, las declaraciones de los testigos Arcesio Pérez, Ezequiel Velásquez, Avelino Gallo, Tomás Escobar, Ricardo Restrepo, Juan C. Medina y los demás que declararon en la segunda instancia, sobre la ocupación que han tenido los demandados del terreno en litis, como tenedores precarios o comodatarios, no pueden anular o hacer inválida la prueba de la parte demandante, que se apoya en títulos inscritos, en inspección ocular y en declaraciones de testigos que afirman hechos concretos sobre la posesión y dominio que ejercitó el señor Arango hasta su muerte, en el terreno. Que los testigos Pedro A. Medina, Avelino Gallo S., Raimundo González, Juan Acosta, Agustín Arango S., Heliodoro Cuartas C., Efraím Pabón, Pablo Córdoba, Eduardo Córdoba, Arcesio Pérez y demás que declararon en la segunda instancia, muchos de ellos que no tienen edad suficiente para declarar sobre hechos ocurridos hace más de treinta años, afirman que vieron a Marco A. Estrada y doña Rita Arango de Estrada ocupando y cultivando la finca y después sus herederos, pero no conocen el título escriturario a favor de los señores Estradas; y unas veces hablan de posesión y otras de ocupación, pues que sólo veían a esos señores viviendo y cultivando la finca, pero no sabían la causa o motivo de esa ocupación, causa que ha quedado acreditada—dice el recurrente—con el permiso que le dio don Fabriciano Arango a su hija Rita para vivir en esa propiedad con su familia; y que tan cierto es esto—continúa el recurrente—que en vida de don Fabriciano, los hijos del matrimonio Estrada-Arango no se atrevieron a seguir la sucesión de sus padres, para inventariar y partir entre ellos el lote de terreno a que se refiere el litigio, precisamente porque vivía don Fabriciano, quien se consideraba y se consideró dueño absoluto de su propiedad hasta su muerte, como lo afirmó en posiciones que obran en autos.

Se considera:

Ciertamente, los demandantes alegaron la posesión inscrita de sus títulos, pero habiéndose alegado también por los demandados la excepción de prescripción extraordinaria, no le bastaba al Tribunal atenerse a la posesión inscrita de los demandantes para reconocerles su derecho, porque los artículos 2531 y 2532 del Código Civil permiten alegar la prescripción extraordinaria adquisitiva contra títulos inscritos, prescripción que se funda en actos de posesión material, y que se establece principalmente como prueba de testigos. De modo que al admitir esta prueba en el caso, no violó el sentenciador el artículo 789 del Código Civil, porque esta disposición hay que entenderla sin perjuicio de las disposiciones del mismo Código Civil, sobre prescripción extraordinaria. Si así no fuera, y no obstante una posesión material y no interrumpida de treinta años, contra el que aduce un título inscrito, subsistiera a su favor el derecho de dominio en bienes raíces, serían letra muerta las disposiciones de los artículos 2531 y 2532 del Código Civil. Por eso la Corte ha rechazado la tesis contraria, que es la que invoca el autor del recurso, como se ve en el fallo publicado en la **Gaceta Judicial** números 906 y 907. Por consiguiente, no basta tampoco que el demandante alegue justo título y prueba de la identidad de la cosa que reivindica, para que el sentenciador tenga que desechar la excepción de prescripción.

Ahora, en cuanto a la agregación de posesión de los esposos Estrada-Arango y la de sus sucesores, ya se dijo que el recurrente no comprobó el error evidente en que incurriera el sentenciador al reconocerla, y que así hubiera violado los artículos 777 y 778 del Código Civil.

Tampoco puede reconocerse que el Tribunal incurriera en error de derecho al no tener en cuenta las afirmaciones hechas por uno de los demandados al absolver posiciones, porque de ellas no resultan apoyadas las pretensiones de los demandantes. Las afirmaciones del señor Fabriciano Arango en las posiciones que absolvió, en cuanto favorecen lo pedido por los demandantes, sólo podrían apreciarse como declaraciones, por no ser parte el señor Arango en este juicio, según lo reconoce el autor del recurso, y al no tenerlas en cuenta el sentenciador, lejos de haber incurrido en error de derecho, se ajustó a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 599 del Código Judicial anterior.

Resta ver si el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de las declaraciones aducidas por la parte demandante.

Los testigos en cuyas declaraciones se apoya principalmente la parte demandante, y a que se refiere el autor del recurso, son las de los señores Salvador Velásquez, Tristán Cardona e Isaac Taborda.

El primero de estos testigos dijo (folios 5 a 7 y 34 a 35, cuaderno de pruebas de los demandantes), en la penúltima declaración de primera instancia:

"A la primera. No tengo interés alguno en que este pleito se falle en favor de don Luis Arango S. o de sus hermanas Hermelinda, Matilde y Leonor Arango. Soy primo hermano de las personas representadas por el doctor Villegas."

"A la segunda. Sé que los señores Marco A. Estrada y María Rita Arango S., padres de la esposa del que me interroga, vivieron en la finca de que se trata, aunque con intervalos de tiempo, y sus herederos, entre los cuales se encuentra la esposa del que interroga, han poseído también con intervalos, y pacíficamente, por mucho más de treinta años la finca con casa de habitación a que me he referido al contestar la pregunta número dos...."

"A la octava. Sé, por conocimiento personal, que la finca de que se trata es conocida en Belén con el nombre de la finca de los Estradas, por haberla poseído quieta y pacíficamente, por mucho más de treinta años, los señores Marco A. Estrada y María Rita Arango de Estrada y sus herederos, que son los que la poseen hoy."

Más adelante, en una ratificación, dijo el mismo testigo:

. . . . . .

"2º Es verdad que las acciones y derechos a que se refieren las hijuelas que figuran en el juicio en la adjudicación de la letra **b)**, números 1º a 10, se refieren al terreno inventariado en las sucesiones acumuladas de los señores Fabriciano Arango y Santos Saldarriaga, alinderado así: (aquí los linderos de la demanda). Sé y me consta, por conocer dicho terreno, que fue adjudicado a los señores Eugenio Arango, Martina Arango de E., Santos Arango de V., Magdalena Arango de H., Fernandina Arango de T., Hermelina Arango de P., Leonor Arango de R., Rita Arango de E., Matilde Arango de V., Luis Arango S., en la sucesión de sus padres, según las cartillas de hijuela que se muestran.

"3º Es verdad que el anterior lote de terreno, en el cual se adjudicaron las acciones y derechos a cada uno de los individuos nombrados, es el mismo lote determinado por su ubicación y linderos en el número 1º de la parte petitoria de la demanda de cuatro de marzo de mil novecientos veintisiete (se le leyó).

"4º Es verdad, sé y me consta que el expresado lote de terreno es parte integrante, o, lo que es lo mismo, está incluído totalmente en la finca que don Fabriciano Arango compró a Alejandro Arango, según escritura 1126, de primero de diciembre de mil ochocientos ochenta y dos, pasada ante el Notario 2º de este Circuito (se le mostró), finca comprendida por los linderos siguientes: (aquí los linderos de la demanda).

"5º Sé y me consta que don Fabriciano siempre ejerció actos de dominio en el lote de terreno alinderado en el número 2º de este interrogatorio, pues me consta que daba el terreno a cosecheros para cultivarlo, dándoles parte de los productos; que como dueño cedió al Municipio de Medellín dos fajas para calles públicas, y sostuvo una querella de policía con el señor Belisario Echeverri, y permitió por mucho tiempo que su hija Rita Arango de Estrada habitara en la finca con su marido y sus hijos, siempre reconociéndole a él como dueño y propietario del terreno, y dándole parte de los productos que el señor Marco A. Estrada y sus hijos adquirían por cultivos en dicho terreno.

"6º Sé y me consta que durante la vida de don Fabriciano Arango y su esposa, éstos eran considerados como dueños del expresado lote de terreno; es verdad que Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, cuando vivían, eran unos simples mayordomos o encargados de la finca que don Fabriciano les dio para vivir en ella, y que muertos éstos, sus hijos Ernesto, Roberto, Pedro A. y Eduardo Estrada, y Fidelina Estrada de Estrada, casada con el señor Rubén Estrada, y Evangelina Estrada de R., casada con Rubén Restrepo, siguieron ocupando la casa y el terreno de la sucesión de don Fabriciano y su mujer, reconociendo dominio de los herederos de estas sucesiones, pues mucho tiempo estuvieron dando parte de los productos que adquirían por cultivos en dichos terrenos; y esto lo sé, porque vi viviendo allí a Rubén Estrada *con su familia* y a Eduardo y Pedro Antonio Estrada, los cuales cultivaban el terreno, arrendaban para animales, etc., etc.

"7º Me consta que don Fabriciano Arango, desde el año de mil ochocientos ochenta y dos, en que adquirió la finca alinderada en la escritura número 1126, siempre se consideraba como dueño absoluto de esa propiedad, hasta su muerte; cercaba la finca, la ocupaba con ganados, arreglaba la casa y los cercos, daba lotes para trabajar a utilidades, la defendía de querellas, y permitió que se abrieran unas calles para el tránsito público, todo lo cual me consta, porque conocí muy bien a don Fabriciano, y porque lo vi con sus hijos y mayordomos ejercitando actos de dominio en la finca mencionada y en el terreno que después se dividió entre sus herederos.

Repreguntado el mismo testigo:

"Tengo sesenta y tres años de edad.... No tengo ningún parentesco con la parte demandante.

"2º Don Fabriciano ejerció actos de dominio en el lote de terreno, de que habla mi declaración principal, del año de mil ochocientos ochenta y dos en adelante, hasta que murió. Sí; lo vi ejerciendo actos de dominio de muchas clases: disponiendo sembrados, haciendo cercas, etc., etc. Don Fabriciano me dijo que esa finca era de su propiedad, y aquello era del dominio público; él ordenaba las moliendas y recibía lo que le tocaba de ellas, y esos actos los consideró de dominio. Marco A. Estrada y Rita Arango concluyeron la casa que estaba inconclusa cuando don Fabriciano adquirió el terreno; habitaron en ella, sembraron terrenos, pero todo aquello en su condición de asistentes o mayordomos, pues tenían que dar a don Fabriciano parte de los productos de la finca. Durante unos veinte o veinticinco años conocí a los esposos Estrada-Arango habitando la casa, y poseyendo como asistentes, el terreno de que he hablado. No vi que don Fabriciano cultivara o hiciera cultivar por su cuenta el terreno de que se trata. Vi que Marco A. Estrada, como jefe de la sociedad conyugal, cultivó el terreno hasta su muerte, y después de él y su esposa, lo siguieron cultivando sus hijos. En mi concepto, no lo cultivaban como dueños, pues ya dije que tenían obligación de dar parte de los productos de la finca. En esa finca nacieron algunos de los hijos de Estrada y de su esposa; ellos (los esposos), vivieron allí hasta su muerte, pero no eran considerados como dueños exclusivos de la finca, sino como meros administradores. Después de la muerte de ellos han continuado sus hijos en la finca en las mismas condiciones en que estaban sus padres, con la diferencia de que los hijos sí se han considerado como dueños y señores. Es verdad que sumado el tiempo por el cual los esposos Estrada y Arango ocuparon esa finca, con el que hace que después de la muerte de ellos los poseen sus hijos, resulta que esa posesión abarca a un período de más de treinta y cinco años.... Porque lo veía, pues era su vecino, sé que Marco A. Estrada y Rita Arango eran simples mayordomos de don Fabriciano y de la esposa de éste. No eran considerados públicamente como dueños y señores de la finca, y vendían los productos de ella, pero sólo los que les correspondía después de partir con don Fabriciano. No es verdad que durante la vida de los esposos Estrada-Arango, y después de muertos ellos, haya sido voz pública que el terreno de que se ha hablado haya sido de su propiedad. Este terreno se ha conocido y conoce generalmente con el nombre de la finca de los Estradas, pero eso por cualquier motivo, ya que era sabido que su dueño era don Fabriciano. No sé que los herederos de Marco A. Estrada y Rita Arango hayan reconocido que los herederos de don Fabriciano y de la esposa de éste tengan derecho al dominio del terreno de que se trata. Sé que los herederos de Estrada y de Rita Arango han desconocido ese dominio y sostenido pleitos con los

herederos de don Fabriciano y de su esposa, y que ese terreno se inventarió en la sucesión de ellos como en poder de terceros poseedores, que lo son los Estradas. No he visto que los Estradas den a los herederos de don Fabriciano y de su esposa parte de los productos de la finca, ni que los dejen ejecutar allí actos de dominio. En estos últimos treinta y cinco años he visto a los Estradas habitando la casa y cultivando la finca de que se trata.

Vi a don Fabriciano Arango (no recuerdo haber visto a sus hijos) ejerciendo actos de dominio en la finca de que se trata. Estos actos me parece que fueron de dominio, porque así lo interpreto yo, y ya dije atrás qué actos de dominio le vi ejecutar.... Sí; vi a don Fabriciano ocupando la finca con ganados, pues los que allí pastaban eran suyos."

Tristán Cardona, después de declarar que el lote adjudicado a alguno de los demandantes es el mismo que se determina en el número primero de la parte petitoria de la demanda, expone:

"5º Es verdad que don Fabriciano Arango y doña Santos Saldarriaga de A. murieron en el año de mil novecientos veinte, y que don Fabriciano siempre ejercitó actos de dominio en el lote de terreno alinderado en el número segundo de esta declaración; pues me consta que daba a cosecheros para cultivarlo, dándoles parte de los productos; que como dueño cedió al Municipio de Medellín dos fajas para calles públicas, y sostuvo una querella de policía con Belisario Echeverri, y que permitió por mucho tiempo que su hija Rita Arango de Estrada habitara en su finca con su marido y sus hijos, pero reconociéndole siempre a él como dueño del terreno, y dándole parte de los productos que el señor Marco A. Estrada y sus hijos adquirían por cultivos en ese terreno. Es verdad, y me consta personalmente, que durante la vida del señor Arango y su mujer Santos Saldarriaga de A., éstos eran considerados como dueños del expresado lote de terreno. Sé, por referencias del mismo don Fabriciano, que los señores Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, cuando vivían, eran simples mayordomos, encargados de la finca que don Fabriciano les dio para vivir en ella; y me consta, por haberlo visto, que muertos éstos, su hijo Rubén siguió ocupando la casa y terrenos de la sucesión de don Fabriciano y su mujer, reconociendo dominio de los herederos en estas sucesiones; y según me decía don Fabriciano, por mucho tiempo estuvieron dando parte de los productos que adquirían por cultivos en dichos terrenos. No me consta que los otros Estradas hubieran ocupado el terreno de que se trata. Es verdad que don Fabriciano Arango, desde el año de mil ochocientos ochenta y dos en que adquirió la finca alinderada en la escritura número 1126, siempre se consideraba como dueño absoluto de su propiedad hasta su muerte; que cercaba la finca, la ocupaba con ganados, arreglaba la casa y los cercos, daba lotes para trabajar a utilidades, la defendía de querellas, y permitió se abrieran unas calles para el tráfico público; todo lo cual me consta, por haber conocido muy bien a don Fabriciano, y porque lo veía con sus hijos y mayordomos ejercitando actos de dominio en la finca y en el terreno que se dividió después entre sus herederos."

El testigo Isaac Taborda, después de expresar como los anteriores, que conoce el terreno materia de la reivindicación como parte del comprado por el señor Fabriciano Arango, situado en la fracción de **Belén**, por linderos que el testigo relaciona, dijo al punto 5º:

"Sé y me consta que don Fabriciano Arango y doña Santos Saldarriaga de Arango murieron en el año de mil novecientos veinte. Sé que este señor ejercitó actos de dominio en el terreno alinderado en el número 2º de este interrogatorio. No me consta, eso sí, que lo haya dado a cosecheros para cultivarlo. Como dueño de tal terreno vendió al Municipio de Medellín dos fajas de terreno para calles públicas, y sostuvo una querella con Belisario Echeverri. Permitió don Fabriciano, por mucho tiempo, que su hija Rita Arango habitara en la finca con su marido y sus hijos, siempre reconociendo a él como dueño y propietario del terreno. No sé si los Estradas darían a don Fabriciano parte de los productos que cultivaban en aquel terreno. Sé, porque lo he oído decir desde hace muchos años, que durante la vida del señor Fabriciano Arango y su esposa, éstos eran considerados como dueños del lote de terreno; y también he oído decir, hace muchos años, que los señores Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, cuando vivían, eran unos simples mayordomos o encargados de la finca, que don Fabriciano les dio para vivir en ella; muertos éstos, sus hijos Ernesto, Roberto, Pedro A. y Eduardo Estrada y Fidelina Estrada de Estrada, casada con el señor Rubén Estrada, y Evangelina Estrada, casada con el señor Rubén Restrepo, siguieron ocupando la casa y el terreno de la sucesión de don Fabriciano y su mujer, pero no sé si le habrá reconocido dominio a los herederos de estas sucesiones. No sé que hayan estado dando parte de los productos. Vi viviendo allí a Rubén Estrada con su familia y a Eduardo y a Pedro Antonio Estrada, los cuales sí cultivaban el terreno, pero no sé si arrendaban para animales. Sé y me consta que don Fabriciano Arango, desde el año de mil ochocientos ochenta y dos, en que adquirió la finca alinderada en la escritura número 1126, siempre se consideraba como dueño absoluto de dicha propiedad, hasta su muerte. Por su cuenta cercaba la finca, y decían que él arreglaba la casa. No ocupaba la finca con ganados, pues no los vi; no me consta que haya dado para trabajar a utilidades, ni me consta que haya tenido querellas con nadie, y menos con Belisario Echeverri, lo cual, por equivocación, se hizo constar antes. Conocí mucho a don Fabriciano, lo vi ejercitando actos de dominio en la finca mencionada y en el terreno que después se dividió entre sus herederos....."

En la declaración que Tristán Cardona rindió en segunda instancia (folio 35, cuaderno de pruebas), dijo que "no podía precisar las fechas en que don Fabriciano Arango ejerció actos de dominio sobre el terreno que he declarado. Dijo también que según se lo decía don Fabriciano, que Marco A. Estrada y Rita Arango eran simples mayordomos suyos."

Isaac Taborda volvió a declarar en segunda instancia, y dijo (punto 2º), que "no recuerdo en qué mes ni en qué año ejerció don Fabriciano actos de dominio en el lote de terreno de que se trata, y ellos consintieron en la hechura de cercos, arreglo conveniente de aguàs, actos que presencié."

Más adelante, en la misma declaración, dijo:

"No vi que don Fabriciano cultivara o hiciera cultivar ese terreno por su cuenta. Sí vi que lo cultivara el señor Marco A. Estrada, como jefe de la sociedad conyugal; después de muerto él, lo siguieron cultivando sus hijos y el señor Rubén Estrada. En esa finca nacieron los hijos de don Marco A. Estrada y Rita Arango; ellos vivieron allí hasta su muerte, pero no sé si se les considera-

ría como dueños absolutos de ella. Ya dije que después de que ellos murieron, sus hijos siguieron trabajando, y hasta hoy ellos están en posesión. Sé que sumado el tiempo por el cual los esposos Estrada-Arango poseyeron esa finca, con el que hace que después de la muerte de ellos la poseen sus hijos, resulta que esa posesión abarca un período mayor de treinta años. No sé que don Fabriciano haya cedido fajas al Municipio de Medellín; él mismo me dijo que había vendido dos fajas por seis mil y pico de pesos. Porque lo he oído decir, sé que Marco A. Estrada y su esposa Rita Arango eran considerados simplemente como mayordomos de don Fabriciano.....

"Esa finca se ha conocido con el nombre de la finca de los Estradas, y antes se conocía como de propiedad de don Fabriciano.....

"Es cierto que los herederos de los esposos Estrada-Arango no han reconocido dominio a los herederos de don Fabriciano y de su esposa, pues han tenido pleitos con ellos.....

"No he visto que los Estradas den a los herederos de don Fabriciano parte de los productos de la finca, ni que les permitan hacer algún acto de dominio. He conocido en los últimos treinta y cinco años, habitando y cultivando ese terreno, a la familia de Marco A. Estrada y su esposa. No vi a los hijos de don Fabriciano ejercitando actos de dominio en la finca, fuera de la señora Rita, hija de él....."

El testigo Fabriciano Arango F., después de decir que don Fabriciano Arango fue dueño hasta su muerte, y hoy los herederos del terreno situado en la fracción de **Belén**, por los linderos que allí determina, dice que personalmente "cultivó la manga de esa finca, porque don Fabriciano, mi abuelo, me la dio en compañía antes de morir; en efecto: yo sembré una cuadra de ese terreno en la parte en que linda con la Calle Abajo o Teresa Maya. Es verdad que don Fabriciano me dio bueyes y semillas para cultivar el terreno, y yo le entregaba su parte correspondiente de los productos.....

"Sé y me consta por el mismo conocimiento, que don Fabriciano regaló al Municipio de Medellín unas fajas, que son parte integrante de dicho terreno, pero ignoro si se harían o nó al Municipio las correspondientes escrituras....."

El testigo Daniel Echavarría, lo único que en su declaración (folio 17 y vuelto) dice en favor de los demandantes, es (punto 7º) que, en su concepto, "desde que don Fabriciano adquirió la finca alinderada, como dice la demanda, se consideraba como dueño de esa propiedad....."

El testigo Teodosio Pabón, lo único que afirma es "que don Fabriciano sostuvo la querella de policía por medio de apoderado, como propietario único de la finca de la fracción de **Belén**, sin que el testigo recuerde si esto tuvo lugar antes o después de muerto don Fabriciano."

El Tribunal analiza estas declaraciones, y dice:

"Varios testigos afirman actos de posesión por parte del señor Arango (Fabriciano), y que éste mantuvo el ánimo de dueño. Tales testigos son: Salvador Velásquez (folios 4 a 7 y 34 y 35); Tristán Cardona (folios 7, 8 y 35); Isaac Taborda (folios 13, 14 y 36); Daniel Echavarría (folio 17); Augusto Quevedo (folio 29); Teodosio Pabón (folios 30 y 31), y Fabriciano Arango F."

El testigo Fabriciano Arango es hijo de Luis María Arango, uno de los demandantes (artículo 599 del Código Judicial).

Daniel Echavarría y Augusto Quevedo sólo afirman ánimo de dueño en don Fabriciano Arango, pero no actos de posesión.

Según Teodosio Pabón, don Fabriciano intervino como parte, por medio de apoderado, en una querella de policía, relativa al terreno que se disputa, y de éste cedió varias fajas para unas calles. Tanto la querella de policía como la cesión de las fajas deben constar por documentos públicos, por lo que no es admisible como prueba la declaración de este testigo (artículo 682 del Código Judicial). Sobre la querella y la enajenación de las fajas de terreno, declaran también Salvador Velásquez y Tristán Cardona. Isaac Taborda declara sobre la cesión. En cuanto a estos puntos son, por lo mismo, inadmisibles estas declaraciones.

Los declarantes Velásquez y Taborda dicen que no vieron a don Fabriciano Arango cultivar el terreno o hacerlo cultivar por su cuenta. Según Taborda, los actos de posesión de Arango consistieron en "hechura de cercos y arreglo conveniente de aguas."

Según Cardona, en arreglo de la casa y en dar el terreno para que lo cutlivaran en compañía.

Según Velásquez, en disponer sembrados, hacer cercos, ordenar las moliendas, recibir lo que le correspondía en ellas, ocupar la finca con ganados y componer la casa. Sólo el hacer cercos y componer la casa han sido declarados por número plural de testigos. Pero no se expresa de lo primero ninguna circunstancia de tiempo u otra. La declaración sobre construcción de cercos es demasiado general. En cuanto a la reparación de la casa, sólo el testigo Cardona determina algo, pues dice que él mismo hizo la reparación, y que don Fabriciano se la pagó. Por esta razón no pueden darse por probados los hechos que estos testigos afirman (artículos 606, 607 y 636 del Código Judicial).

"Pero supuesta la prueba de los hechos afirmados por los testigos Velásquez, Taborda y Cardona, hubiera sido preciso determinar con exactitud la época en que se ejecutaron, pues desde que don Marco A. Estrada entró a ocupar la finca, hasta la muerte de los esposos Arango y Saldarriaga, transcurrió un lapso de treinta y ocho años, y si los actos de posesión de don Fabriciano tuvieron lugar en los primeros ocho años, tales actos no pueden considerarse como suficientes para desvirtuar la prescripción extraordinaria que alegan los demandados."

Se considera:

Como se ve, el Tribunal apreció las declaraciones en que pricipalmente se apoya el autor del recurso, para sostener que don Fabriciano Arango ejerció actos de dominio en el terreno y casa disputados, y que los demandados, no obstante ocuparlos por más de treinta años, le reconocieron dominio a dicho señor. El sentenciador halló que, aunque se admita lo que los testigos Velásquez, Cardona y Taborda dicen sobre los actos de dominio de don Fabriciano en esas fincas, tales exposiciones son deficientes, y por lo mismo, inadmisibles para desvirtuar la prescripción extraordinaria alegada por los demandados, principalmente por el hecho de no expresar los testigos la circunstancia de tiempo en que se ejecutaran tales actos dentro del transcurrido de más de treinta años que ha durado, según los mismos testigos, la posesión de los demandados. En vista de esa apreciación del Tribunal, para que la Corte la pudiera variar, sería

preciso que el recurrente hubiera demostrado plenamente que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho, por estar plenamente establecido lo que el sentenciador echa de menos, y esa prueba no la ha dado el recurrente.

En efecto: conforme al artículo 2531 del Código Civil, para que no haya lugar a la prescripción extraordinaria adquisitiva, aun establecida la existencia de un título de mera tenencia por quien alega la prescripción, es necesario que se compruebe que éste haya reconocido dominio al opositor en el tiempo de la prescripción, y que no ha poseído aquél pacíficamente y sin interrupción en treinta años.

Desde luégo, como lo dice el Tribunal, no se adujo oportunamente por los demandantes título escrito que acredite mera tenencia de las fincas materia de la reivindicación por parte de los demandados, y que por ello pudieran estar bajo presunción de mala fe en su posesión. Ahora, del hecho de que don Fabriciano Arango, antecesor de ambas partes, hubiera ejercido algunos actos de dominio en el terreno, como construír cercos, arreglar sus aguas y ayudar a la conclusión de la casa que en él había cuando los compró y entregó a su hija Rita, y que los testigos entendieran que por eso los demandados eran simples mayordomos o recomendados, que es lo que principalmente declaran los testigos cuyas exposiciones invoca el autor del recurso, no puede concluírse con evidencia que los demandados hubieran reconocido dominio a don Fabriciano Arango en dichos inmuebles, y que, por consiguiente, haya de considerarse como simple tenencia la ocupación que el recurrente dice tuvieron los demandados, máxime si se tiene en cuenta lo que declaran varios testigos de la parte demandada, respecto del deseo que don Fabriciano Arango manifestó de ayudar a su hija Rita, desde que él primero compró y le entregó los expresados inmuebles (véanse las declaraciones de Ezequiel Velásquez, Ricardo Restrepo, Heliodoro Cuartas y Efraím Pabón); porque los testigos en que se apoya el recurrente no dan la razón personal por la cual les consta que los demandados reconocieron ese dominio a don Fabriciano Arango, ni porqué eran considerados como simples mayordomos o recomendados de dicho señor en el manejo de dichas fincas. El hecho de conocer mucho los testigos a don Fabriciano, no es razón apropiada para establecer que los demandados eran considerados por dicho señor como mayordomos o tenedores.

Salvador Velásquez declaró primero que le constaban los actos de dominio ejecutados por don Fabriciano, por haberlo visto trabajando allí con sus hijos, y en la declaración que el mismo testigo rindió en segunda instancia, declaró que no vio que el citado señor Arango cultivara el terreno o lo hiciera cultivar por su cuenta.

El testigo Cardona declaró, en segunda instancia, que no podía precisar las fechas en que vio a don Fabriciano ejecutar actos de dominio sobre el terreno; lo mismo expuso últimamente el testigo Taborda; y ambos agregaron que los demandados eran considerados como mayordomos de don Fabriciano en tales fincas, por habérselo dicho este señor.

Taborda dice también que no vio al señor Arango cultivar o hacer cultivar el terreno por su cuenta, y que sumado el tiempo por el cual los esposos Estrada-Arango poseyeron esa finca, con el que hace que después de muertos tales esposos poseen sus hijos, resulta que esa posesión abarca un período mayor de treinta años, y que en los últimos de los treinta y cinco años ha conocido la familia de Marco A. Estrada y su esposa habitando y cultivando el terreno.

De modo que no habiendo precisado los testigos Cardona y Taborda las fechas en que don Fabriciano Arango ejerció actos de dominio en el terreno y casa en litis, de los treinta y cinco o treinta y ocho años que transcurrieron desde que los ocuparon los demandados, y faltando la prueba que éstos reconocieran ese dominio al señor Arango, no resulta acreditado el error evidente de hecho del sentenciador, al apreciar las declaraciones aducidas por la parte demandante para desvirtuar las presentadas por la parte demandada, y con ese error hubiera violado el Tribunal los artículos 2531 y 2532 del Código Civil, declarando la prescripción adquisitiva invocada por esta última parte. Y no habiendo violado el Tribunal esas disposiciones por indebida aplicación, tampoco violó las relativas a la reivindicación, por no haberlas aplicado.

Se repite, por último, que es inadmisible la tesis del recurrente, de que mientras subsista la inscripción del título de los demandantes, no adquirieron o no pudieron adquirir los demandados posesión que les sirva para ganar por prescripción extraordinaria el dominio del terreno y casa disputados.

Cuarto motivo. En él alega el recurrente error de hecho en la apreciación, tanto de los títulos registrados de la parte demandante, como de las afirmaciones hechas en posiciones por algunos de los demandantes y por don Fabriciano Arango, antecesor de ambas partes. Dice el autor del recurso que de esas probanzas aparece que en el lapso de treinta años se reconoció a don Fabriciano Arango dominio por parte de quienes tenían la detentación material del terreno y casa disputados, y por consiguiente, no puede sostenerse que estos ocupantes, y por más de treinta años tuvieran la posesión pacífica y no interrumpida de tales fincas, con desconocimiento de los derechos del señor Arango y de sus herederos, que hacen valer hoy sus derechos ante el Poder Judicial, comprobando actos de aquellos a que sólo da derecho el dominio. Que el sentenciador mismo tiene establecido que la prueba testimonial no sirve para demostrar la posesión legal sino el carácter de ocupante.

Por tanto—continúa el autor del recurso—al dar el Tribunal valor a las declaraciones de los testigos de la parte demandada para reconocer probada la excepción de prescripción extraordinaria, en los casos de los artículos 2531 y 2532 del Código Civil, incurrió en error de hecho al apreciar esos testimonios en contra de la posesión legal inscrita que han tenido los demandantes, y más tratándose de una acción petitoria, que ha quedado perfectamente acreditada—dice el recurrente—con títulos inscritos y la prueba de actos de posesión material, verificados por el causahabiente de los demandantes. Lo que es perfectamente admisible, arguye el recurrente, pues que conforme al artículo 786 del Código Civil, "el poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o cualquiera otro título no traslaticio de dominio," y porque, conforme al artículo 789 del Código Civil, para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes o por una nueva inscripción, en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por decreto del Juez, y que mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título ins-

crito, no adquiere posesión, ni pone fin a la posesión anterior.

Se considera:

En su mayor parte ha quedado contestado este cargo; pues ya se dijo porqué no incurrió el Tribunal en error de derecho en la apreciación de los títulos de la parte demandante y en la de las afirmaciones de don Fabriciano Arango en posiciones que absolvió y uno de los demandados.

Ahora, por lo que hace al error de hecho que aquí se alega, en cuanto a la apreciación de aquellos títulos, tampoco existe, porque lejos de haber declarado el sentenciador que no expresan lo que ellos rezan, reconoció que por ellos adquirieron los demandantes los derechos que se les transmitieron en las sucesiones de don Fabriciano Arango y su esposa; pero el sentenciador encontró probada la excepción de prescripción extraordinaria de dominio alegada por los demandados; y si en ello hubiera incurrido en error, no sería éste de hecho en la apreciación de los títulos de los demandantes, sino por mala apreciación de la prueba de testigos, aducida por los demandados, para establecer la prescripción extraordinaria, o por error de hecho evidente, y este error evidente no aparece demostrado. Efectivamente, más de cinco son las declaraciones que establecen la posesión tranquila de los demandados sobre el terreno y casa disputados. Arcesio Pérez, Ezequiel Velásquez, Avelino Gallón, Tomás Escobar, Ricardo Restrepo, Felipe Pabón, Efraím Pabón, Pablo Córdoba, José Dolores Gallo, Isaac Cadavid, Raimundo González, Juan Acosta, Heliodoro Cuartas, Juan C. Medina y Pedro A. Molina, afirman que conocen personalmente el lote y casa de que se trata en el juicio, por los linderos que relaciona la demanda; que Marco A. Estrada y María Rita Arango se casaron en octubre de mil ochocientos ochenta, según la partida respectiva que se les puso de presente (folio 67, cuaderno de pruebas); que les consta, por haberlo presenciado, por haber vivido siempre en el Corregimiento de Belén, Distrito de Medellín, donde están situados aquellos inmuebles, y por haber trabajado varios de ellos en porciones de dicho terreno, por contrato, con el señor Marco A. Estrada y su esposa Rita Arango, que desde el año de mil ochocientos ochenta y dos, en que don Fabriciano Arango compró al señor Alejandro del mismo apellido el lote en referencia, Marco A. Estrada y Rita Arango de Estrada, entraron éstos, por voluntad de don Fabriciano Arango, a ocupar y poseer como dueños esa tierra; que en esa posesión siguieron dichos cónyuges hasta su muerte y la continuaron sus herederos como dueños también, a ciencia y paciencia de don Fabriciano, y sin reconocer dominio ajeno, ni interrupción de ninguna clase, y allí criaron los esposos Estrada-Arango a sus hijos, en términos que la finca se ha distinguido con el nombre de **Finca de los Estradas**; que los esposos Estrada-Arango y sus hijos han poseído, desde que los primeros recibieron la finca, como dueños absolutos, el lote, la casa, sus anexidades y sementeras, lucrándole en todo sentido, aprovechándose de sus frutos, cultivando el terreno personalmente o arrendándolo, percibiendo de la misma manera los respectivos arrendamientos, también a ciencia y paciencia de don Fabriciano, y sin que éste ni nadie interviniera para interrumpirlos como dueños, ni en ningún otro sentido. Tales testigos se refieren a un período de treinta años, unos; treinta y cinco, otros, y alguno hasta cuarenta años, teniendo en cuenta la época en que declararon y en que fue notificada la demanda. Y se anota que uno de los testigos presentados por la misma parte demandante, testigo que es Abraham González, declaró que quien ejercitó actos de dominio en el terreno no fue don Fabriciano Arango, sino Marco A. Estrada, porque al mismo testigo y a su padre le dio el señor Estrada varias veces terreno para cultivar; y que no es verdad que durante la vida de don Fabriciano Arango y de su esposa, los señores Marco A. Estrada y su esposa Rita Arango fueran considerados como mayordomos de don Fabriciano, sino que se reconocía como dueños a Marco A. Estrada y a su esposa.

A varios de los testigos antes mencionados, el recurrente les opone la tacha de que no tienen edad suficiente para declarar sobre hechos ocurridos hace más de cuarenta años, que dicen no conocer el título de los demandados Estrada-Arango para poseer, y que unas veces hablan de posesión y otras de ocupación. Pero a esto observa la Corte que, si bien es cierto que los testigos Raimundo González y demás que se mencionan de ese en adelante, dicen tener de cuarenta y dos años a cuarenta y seis años, quedan más de cinco de edad suficiente, que afirman por haberlo presenciado, no sólo la ocupación sino la posesión que tuvieron en más de treinta años los demandados en las fincas disputadas, aunque expresan que no conocieron el título de aquéllos, ya que para la prescripción extraordinaria no requiere título la ley.

Por consiguiente, si esos testigos, en mayor número que los de la parte demandante, afirman por conocimiento personal que los demandados poseyeron como dueños absolutos, sin reconocer dominio ajeno, sin ser perturbados en esa posesión por don Fabriciano Arango ni por nadie, tuvieron posesión exclusiva, y no incurrió el Tribunal en error de hecho ni de derecho al apreciar esas declaraciones y darles preferencia para establecer la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio a favor de los demandados, y así hubiera violado los artículos 2531 y 2532 del Código Civil, por indebida aplicación.

Como último motivo, alega el recurrente que no ha existido una verdadera posesión, puesto que el dominio del inmueble que se discute lo tenía don Fabriciano Arango, conforme al artículo 762 y siguientes del Código Civil, quien además tenía posesión legal y material, según la doctrina sobre posesión, que adopta el Código Civil colombiano y otros, y lo han reconocido algunos Tribunales del país; doctrina al tenor de la cual—dice el autor del recurso—para la prescripción adquisitiva se requiere, además de la posesión continuada, buena fe y justo título. Que de acuerdo con la escritura número 1126, de primero de diciembre de mil ochocientos noventa y dos (sic), de la Notaría 2ª de Medellín, don Fabriciano Arango compró el terreno de que hace parte el que se reivindica, según identificación hecha en inspección ocular, lote cuyo dominio correspondió a los herederos de don Fabriciano y su esposa, en la liquidación de estas sucesiones, dichos herederos lo han estado reclamando de los demandados, quienes de comodatarios se dieron por poseedores de tal lote, sin título legal para ello, como queda demostrado.

Se considera:

En este motivo, que es una alegación propia de instancia, vuelve el recurrente sobre lo que tánto ha recalcado, de que los demandantes tienen título inscrito de dominio sobre el terreno, y que los demandados son meros tenedores o comodatarios que reconocieron con sus an-

tecesores dominio al antecesor de los demandantes, pero ya se dijo que el Tribunal no desconoció que los demandantes hubieran acreditado que su antecesor fue dueño de dicho terreno, y que se les adjudicó en la sucesión de aquél; pero el recurrente no ha demostrado los errores de hecho y de derecho en que incurriera el Tribunal, al declarar que ese dominio se extinguió por la prescripción extraordinaria de treinta años, alegada por los demandados. No es jurídicamente exacto que para esta clase de prescripción se requiera justo título y buena fe, porque el artículo 2531 del Código Civil dice lo contrario. Otra cosa es la prescripción ordinaria, para la cual sí se requiere justo título y buena fe, pero de esta prescripción no se trata en este caso. Este cargo tampoco es fundado.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar, y no infirma, la sentencia de fecha cinco de septiembre de mil novecientos treinta, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

TANCREDO NANNETTI—**Francisco Tafur A.—Juan E. Martínez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

El seis de febrero de mil novecientos diez y nueve, el Departamento de Cundinamarca, representado por su Secretario de Hacienda, doctor Clímaco Manrique, le reconoció al doctor Carlos J. Infante un crédito por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50,000) moneda corriente, suma en que se estimaron sus honorarios como abogado del Departamento en el juicio que en representación de éste siguió el doctor Infante contra la Nación. El contrato en que se hizo constar el crédito sufrió el trámite correspondiente, y quedó definitivamente aprobado el cinco de marzo de mil novecientos veinte. A continuación de ese pacto se lee la siguiente nota:

"Cedo, endoso y traspaso el crédito que contiene el anterior documento a favor del doctor Gonzalo Gómez, por igual cantidad recibida de este señor, hoy treinta de noviembre de mil novecientos veinte, fecha en la cual le hago la presente cesión a título de venta, y le hago la tradición de este documento, como el título comprobante de la deuda a cargo del Departamento de Cundinamarca.

"En constancia firmo y anulo, en conmpañía del cesionario, una estampilla de veinte centavos que se adhiere al pie de esta nota.

"**Carlos Infante** — Testigo, **Bernabé Riveros** — Testigo, **Oliverio Torres G.**"

Posteriormente, y en escrito que fue repartido al Juzgado 1º del Circuito de Bogotá, el cinco de agosto de mil novecientos veintisiete, el doctor Carlos Infante demandó, por los trámites de la vía ordinaria, al doctor Gonzalo Gómez, para que con su audiencia se hagan, en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el nombrado doctor Gonzalo Gómez fue mandatario mío en el cobro que le hizo al Departamento de Cundinamarca del crédito que me debía por honorarios en el pleito que sostuve contra la Nación para que le reconociera sus derechos en la Empresa del Ferrocarril de la Sabana.

"Segunda. Que la suma de cuarenta y un mil quinientos pesos que le pagó al doctor Gómez el Departamento de Cundinamarca, en virtud del cobro de que trata el punto anterior, me pertenece en propiedad, con exclusión de cualesquiera otras personas.

"Tercera. Que, como consecuencia de la declaratoria de que trata el punto segundo, se condene al doctor Gonzalo Gómez a entregarme, tres días después de la ejecutoria de la sentencia, la suma de cuarenta y un mil quinientos pesos que me pertenece, y que llegó a poder del demandado, doctor Gómez, en virtud del cobro de que fue encargado, pago que debe hacerme con sus intereses corrientes, contados desde el día en que recibió esa suma hasta la completa cancelación de la deuda; y

"Cuarta. Que el demandado debe pagarme las costas del presente juicio."

Subsidiariamente pide que el demandado sea condenado:

"Primero. A rendirme cuentas comprobadas de la administración del mandato que le conferí para cobrarle al Departamento de Cundinamarca el valor de mis honorarios, expresados en la petición primera de la acción principal; y

"Segundo. Que se le condene a pagarme las costas del juicio."

Corrido el traslado de la demanda al demandado, éste lo contestó, negando los hechos en que se apoya y el derecho que alega el actor. Se opuso igualmente a que se hagan las declaraciones que solicita el libelo.

El diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta, el Juez del conocimiento desató la controversia, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda. Apeló de esa sentencia el demandante para ante el Tribunal Superior de Bogotá. En segunda instancia terminó el juicio, por sentencia de fecha trece de octubre de mil novecientos treinta y uno, que confirmó la de primer grado apelada.

La misma parte demandante interpuso recurso de casación contra el fallo de segundo grado, el cual le fue concedido.

Por auto que está ejecutoriado, la Corte declaró admisible el recurso. Tramitado éste, pidió el actor que se oyera a las partes en audiencia pública, y así se dispuso, habiéndose efectuado ésta con la sola asistencia de la parte recurrente.

Llegado el momento de fallar el recurso, a ello se procede, previo el estudio de la demanda de casación.

Alégase la primera de las causales de casación, de que habla el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, bajo cuya vigencia se interpuso el recurso.

En el primer cargo se acusan como violados por la sentencia, a consecuencia de errores de hecho y de derecho, los artículos 555, 556 y 558 del Código Judicial; el 34 de la Ley 169 de 1896, y el 72 de la Ley 105 de 1890, lo mismo que las disposiciones análogas a las que se han transcrito del actual Código Judicial. Esos artículos, como los 1769 y 2142 del Código Civil, se violaron, según el recu-

rrente, porque siendo aplicables al caso del pleito no lo fueron.

Como motivos del primer cargo, dice el autor del recurso:

"Para comprobar de modo palmario que la cesión fue hecha a título de mandato y nó de venta, aduje las posiciones absueltas por el doctor Gómez, con fecha once de noviembre de mil novecientos veinticuatro. La pregunta octava y su correspondiente respuesta dicen:

'Diga cómo es cierto que el objeto principal de la cesión que el peticionario firmó a favor del absolvente, y a la cual se refieren la segunda y tercera preguntas anteriores, era el de notificarla inmediatamente a los empleados respectivos de la Gobernación y al Fiscal del Tribunal Superior, porque así convenía en esos momentos a la defensa y efectividad del crédito?'

"Contestó:

'Es cierto, agregando que todas las diligencias posteriores también tuvieron por objeto principal la defensa del crédito.'"

En apoyo del cargo, el recurrente señala el siguiente paso de la sentencia, en que se aprecia la respuesta del demandado a la posición que se deja transcrita:

"De la precedente respuesta—dice el Tribunal—no es posible deducir una confesión de Gómez, acerca de que el endoso sólo tuvo por objeto el cobro del crédito. Confesar que el objeto principal de la cesión fue hacer inmediatamente las respectivas notificaciones del traspaso a quienes representaban al deudor, porque así convenía en esos momentos a la efectividad del crédito, no es confesar que el mencionado fue el único objeto de la cesión. El que cedente y cesionario se propusieran principalmente al pactar la cesión la pronta notificación de ésta al deudor, no excluye la existencia de otros objetivos, que en determinado momento los contratantes pueden considerar como secundarios, aunque en realidad sean también principales.

"En todo caso, tanto la pregunta como su cónsona respuesta, están concebidas en términos un tanto vagos e imprecisos, que dan asidero a interpretaciones diferentes; circunstancias que, como es obvio, impiden descubrir el verdadero pensamiento del doctor Infante al formular la pregunta, y del doctor González al contestarla"

A esa apreciación del Tribunal arguye el recurrente:

"Ahora bien: Gómez afirma que el objeto principal de la cesión fue notificarla a los empleados respectivos de la Gobernación y al Fiscal del Tribunal, porque así convenía en esos momentos a la defensa y efectividad del crédito; y agrega que todas las diligencias posteriores también tuvieron por objeto principal la defensa del crédito. Si esto no es confesar lisa y llanamente que él obraba en esa gestión como mandatario, o mejor dicho, que la cesión se le hizo para hacer las notificaciones de que se habla y las gestiones posteriores a la efectividad del crédito, francamente que el lenguaje carecería de significación."

Si la cesión se hubiera hecho a Gómez—dice el recurrente—con el fin de transmitirle la propiedad del crédito, así lo habría manifestado, y no hubiera dicho que su objeto era notificarla al deudor. Aunque en la nota de endoso—sigue diciendo—se dijo que se hacía a título de venta, he demostrado que con él sólo se tuvo en mira conferir un mandato al demandado, quien ha aceptado que al momento de hacerse el traspaso, no me pagó suma alguna.

También incurrió el Tribunal en error de hecho y de derecho, en concepto del autor del recurso, al sostener que la cesión se hizo a título de venta y no de mandato.

La Corte considera:

De acuerdo con el tenor literal de la nota de cesión, no cabe duda de que por ella se expresa la transferencia del crédito, a un título traslaticio de dominio, como lo es la venta. También es cierto, como lo declara el Tribunal, que el instrumento público o privado hace fe entre las partes, de acuerdo con el artículo 1765 del Código Civil, aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato; por la relación jurídica creada entre las partes, en virtud de la cual la cesión se hacía a título de venta, y que entraña una presunción a favor del demandado, de haber adquirido el crédito a tal título, ha venido a desvirtuarse, como resulta de las posiciones absueltas por el doctor Gómez.

En efecto: si el mismo cesionario confiesa categóricamente y de modo absoluto, que el objeto principal de la cesión que se firmó a favor suyo fue notificarla inmediatamente a los empleados de la Gobernación y al Fiscal del Tribunal, porque así convenía a la defensa y efectividad del crédito, claramente se ve que la nota de cesión puesta en el documento, no fue sino el medio que se estimó más adecuado para que el demandado procediéra con mayor rapidez a hacer efectivo el crédito. El objeto principal de la cesión de un crédito, cuando tal cesión es positiva y verdadera, no es, ni puede ser otro, que transferir la propiedad del crédito al cesionario; pero si éste confiesa, en la forma en que lo hizo el demandado, que fue otro el objeto principal que se persiguió al firmar el demandante la nota de cesión, tal confesión, rectamente interpretada, entraña la de que las partes, al realizar aquel acto, no tuvieron en mira llevar a cabo un verdadero contrato de cesión, sino algo distinto, que le permitiera al aparente cesionario la manera de proceder inmediatamente a notificar el crédito a los funcionarios arriba expresados, porque las circunstancias del momento así lo exigían: el objeto principal de la cesión fue, pues, revestir al demandado de suficiente personería para la defensa y efectividad del crédito, o en otros términos, conferirle un mandato.

Durante el juicio, el actor volvió a formularle al demandado la misma pregunta acerca del verdadero objeto de la cesión. Esa pregunta es de este tenor:

"18. ¿Cómo es verdad que la cesión del referido crédito no tuvo por objeto la venta del mismo, pues el absolvente no le pagó al peticionario precio alguno, sino que el objeto principal de esa cesión, que el peticionario firmó a favor del absolvente por valor recibido, era el de notificarla inmediatamente a los empleados respectivos de la Gobernación y al Fiscal del Tribunal Superior, porque así convenía en esos momentos a la defensa y efectividad del crédito?"

Contestó:

"No es cierto; pero aclaro que en una respuesta dada por el absolvente a otras posiciones pedidas por el mismo Infante, dije que esa cesión había tenido por objeto hacer efectivo el crédito, entendiendo, como entendí, que se me preguntaba lo relacionado con los trámites. Hoy aclaro, dada la mala interpretación que Infante le dio a aquella respuesta, que el objeto principal de la ce-

sión fue el de transmitirme la propiedad del referido crédito."

El Tribunal aprecia así la respuesta a la posición aquí transcrita:

"Como fácilmente resalta, hay palpable diferencia entre la pregunta de mil novecientos veinticuatro y la de mil novecientos veintinueve. En la primera, para nada se alude al contrato motivo de la cesión, en tanto que en la segunda, lo referente a dicho contrato, modifica sustancialmente la pregunta, en términos que la contestación tenía que darse en consonancia con dicha modificación."

En el fondo, la Corte no encuentra diferencia entre el contexto de la pregunta octava de las posiciones de mil novecientos veinticuatro y el de la pregunta diez y ocho de las posiciones de mil novecientos veintinueve, pues en ambas, la idea principal que las informa, es la de que el demandado declare si es o nó cierto que el objeto principal de la cesión fue notificarla al deudor, "porque así convenía en esos momentos a la defensa y efectividad del crédito."

Aunque es cierto que en la pregunta octava no se alude al contrato origen de la cesión, al decirse que el objeto principal de ella fue el que se deja expresado, no cabe duda que el preguntante no podía referirse, al hablar de cesión en dicha pregunta, a un contrato distinto del que la motivó, y que ha sido materia del presente pleito. La explicación dada por el absolvente al contestar la pregunta diez y ocho, no desvirtúa lo confesado por él al contestar a la pregunta octava de las posiciones extrajuicio, porque de acuerdo con los artículos 1769 del Código Civil y 569 del Código Judicial, no puede revocarse la confesión que hace una de las partes de un hecho personal de la misma, sino en dos casos:

1º Si al rendir la confesión sufrió un error de hecho inculpable; y

2º Si al tiempo de rendirla no estaba en el completo uso de sus sentidos.

Sólo acreditando cualquiera de estas condiciones, puede quedar sin efecto la confesión, y el demandado no ha intentado siquiera demostrar que se encuentra en los casos excepcionales establecidos por las citadas disposiciones.

Es, por tanto, fundado este primer cargo, por haber incidido el Tribunal en los errores de hecho y de derecho, que señala el recurrente, con violación, a consecuencia de ellos, de los artículos 1769 y 2142 del Código Civil.

En el segundo cargo, marcado con la letra **b)**, también se acusa la sentencia por errores de hecho y de derecho, en los cuales incurrió el Tribunal—en sentir del recurrente—al apreciar la pregunta cuarta y su respuesta de las posiciones absueltas por el demandado extrajuicio, y la segunda y su respuesta de las rendidas durante el término probatorio de la primera instancia.

La posición cuarta citada dice:

"¿Cómo es verdad que a principios del año de mil novecientos veintitrés le propuso el absolvente al peticionario que le recibiera la hacienda de la **Isla**, que tenía en Sasaima, por el crédito que en su nombre cobraba al Departamento de Cundinamarca, por honorarios del peticionario, como abogado suyo en el pleito del Ferrocarril de la Sabana?"

Contestó:

"Es cierto que ofrecí al peticionario en parte de pago del crédito, la hacienda denominada **La Isla**, ubicada en el Municipio de Sasaima."

La pregunta segunda aludida y su respuesta rezan:

"¿Diga cómo es cierto que el absolvente no le pagó al peticionario el valor de esa cesión al suscribirse la respectiva nota?"

Contestó:

"No es cierto. Le di en pago la hacienda de **La Isla.**"

Analiza el Tribunal las posiciones transcritas de la manera siguiente:

"En la primera pregunta Gómez acepta que a principios del año de mil novecientos veintitrés, mucho tiempo después de la cesión, le ofreció a Infante en parte de pago del crédito la hacienda de **La Isla**. En cambio, en la segunda contestación sostiene que al suscribirse la cesión le dio a Infante en pago la hacienda de **La Isla.**

"Si Gómez en la fecha de la cesión—treinta de noviembre de mil novecientos veinte—le dio a Infante en parte de pago del crédito cedido la hacienda de **La Isla,** es inexplicable porqué razón en mil novecientos veintitrés aparece ofreciéndola nuevamente en pago.

"Empero, la contradicción no prueba perjurio, y quizá sea meramente aparente, desde que Infante por su parte también confesó que desde mucho tiempo antes del diez y seis de julio de mil novecientos veinticuatro—contestación a las prguntas 5ª y 12 del pliego de posiciones de Gómez, pedidas en el término probatorio del juicio a Infante, folios 4, 5 y 6 del cuaderno número 3—Gómez le entregó la hacienda de **La Isla,** de la cual en el año y fecha mencionados, Gómez le hizo escritura a la señorita María del Carmen Infante, hija del actor, por orden de éste, 'pues era entendido y convenido,' dice Infante, entre los dos, que la parte que a él le correspondía en la hacienda se la cedía a la señorita Infante, en parte de pago del crédito que en parte también le había pagado ya el Departamento a él, y que yo le cedí por valor recibido para que lo cobrara por mí."

Observa el recurrente que, en las posiciones absueltas por Gómez, confesó éste perentoriamente que en el año de mil novecientos veintitrés le propuso al cedente que recibiera en parte de pago del crédito que cobraba por su cuenta, la hacienda de **La Isla,** y que en el año de mil novecientos veintinueve, afirma que dio en pago del mismo crédito la referida hacienda. Luego se deduce, dice, que el Tribunal no quiso ver que en el año de mil novecientos veinte—época de la cesión—no existía el valor recibido de que ella habla, o, lo que es lo mismo, no se pagó el precio de la presunta venta, lo que induce a acreditar que no existió tal venta; pero, agrega, que para sostener que sí la hubo, el Tribunal encuentra un argumento en las siguientes palabras dichas por él al absolver posiciones en juicio: "pues era entendido y convenido, entre los dos, dice Infante, que la parte que a él le correspondía en la hacienda se la cedía a la señorita Infante en pago de parte del crédito, que en parte también le había pagado ya el Departamento a él, y que yo le cedí por valor recibido para que lo cobrara por mí."

"Mucho se cuida el Tribunal—sigue diciendo el recurrente—en no fijar la atención en la parte final de la respuesta, o sea aquella en que afirma que el crédito se lo cedí por valor recibido para que lo cobrara por mí; elementos todos que engendran jurídicamente los caracteres del mandato."

Lo que sucedió—dice—fue por cuenta del crédito; le recibí la hacienda de **La Isla**, en la forma que expresa la escritura número 434, de diez y seis de julio de mil novecientos veinticuatro, hacienda que adquirió mi hija con parte del dinero procedente del crédito cuyo cobro había encomendado al doctor Gómez.

Como consecuencia de los errores de interpretación que dejo anotados—agrega—el Tribunal violó las disposiciones sobre confesión judicial, citadas en el cargo anterior, y los artículos 1849 y 2142 del Código Civil.

La Corte observa:

Es evidente que el Tribunal incurre en error de hecho —como lo insinúa el recurrente—al apreciar la respuesta dada por el actor a la pregunta 4ª de las posiciones que le pidió el demandado, respuesta en que afirma aquél haber recibido la hacienda de **La Isla** por cuenta del crédito que a su nombre cobraba el demandado, y que el Tribunal interpreta en el sentido de que ella entraña una confesión de Infante de que esa hacienda la recibía él en parte de pago del crédito que había cedido, no a título de mandato, como lo expresa el absolvente, sino a título de venta. A consecuencia de esa errada apreciación, incidió también el Tribunal en el otro error de hecho que acusa el recurrente, al apreciar las respuestas del demandado de que se ha hecho mérito; pues es indudable que éste se contradice al confesar que en mil novecientos veintitrés ofreció en parte de pago del crédito la hacienda de **La Isla**, y al declarar posteriormente, en mil novecientos veintinueve, que no es cierto que al suscribirse la cesión, o sea el treinta de noviembre de mil novecientos veinte, no pagara al actor el valor de esa cesión, porque dio por ella la hacienda de **La Isla**.

En la primera respuesta, dada cuando ya habían transcurrido más de dos años de haberse efectuado la cesión, apenas aparece ofreciendo en parte de pago del crédito la referida hacienda; y en mil novecientos veintinueve, más de ocho años después de dicha cesión, declaró que el treinta de noviembre de mil novecientos veinte pagó la totalidad del crédito con la misma hacienda.

Resulta, pues, de lo dicho por el demandado en posiciones, que no hubo el valor recibido de que habla la nota de endoso o traspaso del crédito, manifestación ésta que refuerza el concepto de la Corte; que es el mismo que sostiene el recurrente, de que no hubo venta de dicho crédito, sino una mera comisión para el cobro. Expresándose en la nota de cesión que ésta se hizo por valor recibido, y valiendo el crédito la suma de cincuenta mil pesos, mal podía cubrir el demandado ese valor con la hacienda de **La Isla**, cuyo precio, como lo expresa la escritura número 434, es sólo de doce mil pesos.

Resumiendo las observaciones que preceden, resulta plenamente comprobado:

a) Que al pie del documento en que consta el crédito que en contra del Departamento de Cundinamarca tenía el doctor Infante, por cincuenta mil pesos, aparece una nota suscrita por éste, que dice:

"Cedo, endoso y traspaso el crédito que contiene el anterior documento, a favor del doctor Gonzalo Gómez, *por igual cantidad* recibida de este señor, hoy treinta de noviembre de mil novecientos veinte, fecha en la cual le hago la presente cesión a título de venta y le hago la tradición de este documento como título comprobante de la deuda a cargo del Departamento de Cundinamarca."

b) Que para ambas partes, el objeto principal de la cesión que el doctor Infante firmó a favor del doctor Gómez, fue poner a éste en capacidad de practicar inmediatamente algunas diligencias que en esos momentos convenía a la defensa y efectividad del crédito; y

c) Que no es cierto que el cedente recibiera del cesionario los cincuenta mil pesos, valor del documento, que en la nota de traspaso aparece como precio de la cesión, recibido en la misma fecha en que fue extendida.

De estos hechos y de muchas otras circunstancias que constan en el proceso, se llega al convencimiento de que en la cesión de que se trata no hubo realmente una venta del crédito, sino que, bajo esa apariencia, se confirió un mandato o autorización para la defensa y efectividad del crédito.

Por todas estas consideraciones, la Corte estima fundados los cargos hasta aquí examinados por errores de hecho, y que es, por tanto, casable la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar a considerar el otro motivo de casación.

Para resolver en instancia, se considera:

La Corte no ha de acoger las peticiones segunda y tercera de la demanda, en las cuales se solicita que se declare que la suma de cuarenta y un mil quinientos pesos ($ 41,500) que recibió el demandado del deudor, pertenece al demandante, y que, en consecuencia, se condene a aquél a entregar a éste, tres días después de la ejecutoria del fallo, la referida suma con sus intereses corrientes, desde el día en que la recibió el doctor Gómez hasta la completa cancelación de la deuda. Y no hay lugar a hacer esas declaraciones, porque aunque no hay discrepancia alguna entre las partes sobre el monto de lo recibido por el demandado, que asciende—como queda expresado—a la cantidad de $ 41,500, el demandante acepta que en parte de pago de esa suma, recibió la hacienda de **La Isla**, por el precio de doce mil pesos, como lo confiesa claramente al dar respuesta a la pregunta novena de las posiciones que le pidió el demandado (folio 6, cuaderno número 3); y en su demanda de casación también acepta el actor que debe descontarse de la suma recibida por Gómez el valor de la hacienda de **La Isla** (folio 9 vuelto del cuaderno de la Corte). Además, a la pregunta primera de las citadas posiciones (folio 4 del citado cuaderno número 3), concebida en estos términos:

"¿Diga cómo es cierto que desde el año de mil novecientos trece hasta mil novecientos veinticuatro, el absolvente recibió del peticionario, en diferentes fechas, varias sumas de dinero, ya para gastos de algunos negocios judiciales, ya para gastos personales del absolvente?"

Contestó:

"Sí es verdad que recibí algunas sumas de dinero, cinco, diez o veinte pesos. Me atengo a las cuentas justificadas que el peticionario pase con mi firma auténtica."

Todo esto indica que no es procedente acceder a las peticiones de que se viene hablando, porque no se sabe cuál sea en realidad la cantidad total recibida por Infante a cuenta de su crédito, que necesariamente debe descontarse de la suma de cuarenta y un mil quinientos pesos, recibida por el demandado. Consecuencia de lo dicho, es que no es procedente tampoco la condena al pago de intereses, ya que éstos sólo podrían causarse sobre cantidades líquidas, y en el caso de autos—como se ha dicho—se ignora el monto de lo que adeuda el demandado.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de

la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el trece de octubre de mil novecientos treinta y uno, y en su lugar resuelve:

1º Revócase la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juzgado 1º del Circuito de Bogotá el diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta.

2º El doctor Gonzalo Gómez obró como mandatario del doctor Carlos J. Infante en el cobro que aquél le hizo al Departamento de Cundinamarca del crédito que contra éste tenía el expresado doctor Infante por honorarios en el pleito que sostuvo contra la Nación, para que le reconociera sus derechos en la Empresa del Ferrocarril de la Sabana, y, por tanto, está obligado a rendir cuentas al mandante, doctor Infante, de la administración de ese mandato.

3º No hay lugar a hacer las otras declaraciones pedidas en la demanda.

4º No hay costas en las instancias ni en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre quince de mil novecientos treinta y dos.

Pide el doctor Gonzalo Gómez, en el escrito que precede, que la Corte aclare la sentencia pronunciada por ella en el presente juicio, porque, en su concepto, "tiene algunos pasajes, frases y conceptos oscuros."

"En los fundamentos del fallo—dice—se concluye en unas partes que la nota de cesión encierra una comisión de cobranza, y en otras partes, que es un mandato o autorización para la defensa y efectividad del crédito."

Entra en seguida a hacer la distinción entre la comisión, mandato mercantil, y el contrato de mandato civil, que define el artículo 2142 del Código Civil.

"La sentencia—continúa diciendo—en su parte resolutiva declara que yo obré como mandatario, y que debo rendir cuentas; pero como la comisión también es un mandato, según el Código de Comercio, que se rige por las disposiciones especiales de tal Código, y el fallo en su parte motiva habla tanto de comisión como de mandato civil, me parece, con todo respeto, que sobre esta cuestión el fallo no ha quedado suficientemente claro.....

"Pido, pues,—concluye—con toda atención a la Corte, que aclare el fallo a que me he referido, en el sentido de indicar si se trata de comisión o de mandato civil; si las cuentas se rigen por el Código de Comercio o por el Código Civil, ya que la Corte—repito—habla en el cuerpo del fallo, tanto de comisión como de mandato civil.'

Para resolver, se considera:

No encuentra la Corte que el punto segundo de la parte resolutiva del fallo, cuya aclaración se solicita, sea ocasionado a dudas, pues allí se dice claramente que "el doctor Gonzalo Gómez obró como mandatario del doctor Carlos J. Infante," no como comisionista. Además, en ninguna de las instancias del juicio, ni ante la Corte, se ha hablado, ni siquiera incidentalmente, de mandato mercantil. Por otra parte, en el examen que hizo la Corte del primer cargo de la demanda de casación, se citó como violado por el Tribunal el artículo 2142 del Código Civil, que define el mandato civil. Ese concepto del fallo es suficiente para concluir que la petición de que se aclare en el sentido que indica el peticionario, es del todo infundada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, resuelve: no se accede a lo pedido en el memorial anterior.

Notifíquese.

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

El doctor Antonio Páez C., en su condición de apoderado general del señor Roberto Tobón, demandó ante el Juez del Circuito de Bogotá a la sucesión del señor doctor Enrique Forero, para que con audiencia de las señoras Amelia Ferro de Forero, cónyuge sobreviviente del doctor Forero, y Obdulia Forero de Guillén, casada con el doctor Ignacio Guillén, se hiciesen por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que se condene a la mortuoria del doctor Enrique Forero a pagarle al señor Tobón, tres días después de la ejecutoria de la sentencia, la suma de trece mil trescientos sesenta y cinco pesos once centavos ($ 13,365-11) moneda corriente, con sus intereses al dos por ciento mensual, desde la ejecutoria de la sentencia que puso término al juicio de liquidación de la Sociedad de Tobón & Compañía.

"Segunda. Que don Roberto Tobón tiene derecho a que se le pague su crédito con bienes de la mortuoria, y que mientras no se decida esta controversia no se procederá a la partición entre los copartícipes y herederos.

"Tercera. Que en la partición de los bienes de la mortuoria debe formarse hijuela para el pago de la deuda de que trata esta demanda, y venderse en forma legal para el pago.

"Cuarta. Que se condene a la mortuoria a pagar las costas de este juicio.'

Citó en apoyo de esta demanda los artículos 1387, 1388, 1303,, 1312, 2488, 2492 del Código Civil, varias disposiciones del Judicial y los hechos que se transcriben:

"1º Entre mi poderdante, señor Roberto Tobón, General Pedro Martín Páez, doctor Enrique Forero y señor Jesús María Tobón, se organizó una sociedad por escritura pública, con el fin de explotar la renta de licores de Boyacá.

"2º Por escritura social se dio a don Roberto Tobón, en la cláusula 8ª, el cargo de Liquidador de la Sociedad.

"3º Don Roberto Tobón no pudo ejercer el cargo de Liquidador de la Sociedad, porque sus consocios Páez, Forero y Jesús María Tobón le revocaron por escritura pública esa facultad, y el último, con anuencia de los otros dos, demandó la liquidación judicial.

"4º Por virtud de esa demanda se practicó el inventario judicial de los bienes, que fue aprobado por sentencia, que alcanzó su completa y cabal ejecutoria.

"5º Aprobado el inventario se pidió la partición, que

fue decretada por autos que alcanzaron su ejecutoria, y son leyes del proceso en que se dictaron.

"6º Como no hubiera acuerdo para el nombramiento de partidor, lo hizo el Juzgado en la persona del doctor Ramón Vanegas Mora, quien juró su cargo, y presentó al Juzgado su trabajo respectivo.

"7º Los copartícipes Forero y Páez objetaron la partición, pero de las objeciones sólo prosperó la relativa a la solidaridad que había establecido el partidor entre los socios, porque el Tribunal la desconoció, y ordenó que se rehiciera la partición, suprimiendo la solidaridad.

"8º En la partición se distribuyó el activo y el pasivo entre los copartícipes, de acuerdo con sus acciones, y le correspondió en este último, al doctor Enrique Forero, la suma de trece mil trescientos sesenta y cinco pesos once centavos ($ 13,365-11), que debe pagarle a don Roberto Tobón, según la partición.

"9º En el juicio sobre liquidación se dictó sentencia aprobatoria de la partición, que está ejecutoriada, y fue registrada en la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados de Bogotá.

"10. Como el crédito que arroja el pasivo contra la Sociedad le pertenece a don Roberto Tobón, a éste se le adjudicó la parte que corresponde a sus acciones, y los otros socios deben pagarle a él la parte que les corresponde en el mismo pasivo, y al doctor Enrique Forero, causante de la mortuoria demandada, le correspondió la suma que se demanda.

"11. Ya el juicio sobre liquidación de la Sociedad de Tobón & Compañía se siguió y terminó por todos sus trámites, sin omitir formalidad alguna, y dio por resultado la deuda que se cobra, a cargo hoy de la mortuoria del doctor Enrique Forero; y

"12. Ni el doctor Forero ni sus herederos han proveído al pago de la deuda que está hoy en autoridad de cosa juzgada."

Por no haber sido halladas las señoras demandadas, hubo que nombrárseles defensor, quien contestó la demanda, negando todos los hechos y rechazando la acción.

Seguido el juicio por sus trámites propios, el Juez lo falló así:

"Absuélvese a la mortuoria del doctor Enrique Forero, representada por Aurelia Ferro de Forero y Obdulia Forero de Guillén, de los cargos que le formula el señor doctor Antonio Páez C., como apoderado del señor Roberto Tobón, en demanda de siete de febrero de mil novecientos veintiocho.

"No se hace condenación en costas."

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó con costas la sentencia del Juez. Contra la del Tribunal interpuso recurso de casación el señor Roberto Tobón.

Como el recurso fue admitido, y han alegado las partes, se procede a resolverlo.

Dice el Tribunal en su sentencia:

"Funda el demandante su derecho en la escritura número 3359, de once de noviembre de mil novecientos veintisiete, *pasada en la Notaría* 2ª de esta ciudad, por la cual se protocolizó el juicio de liquidación de la Sociedad Tobón & Compañía, y en que en la hijuela de deudas se incluyó un crédito contra el doctor Enrique Forero por la suma de $ 13,365-11, que se adjudicó al señor Tobón en dos partidas, así: a Roberto Tobón, $ 12,430-55, y al mismo adjudicatario, $ 934-56."

Luego basado en que no hay en autos otra prueba que la hijuela del demandante en la liquidación de la Compañía en que fue socio, acoge los conceptos del Juez de primera instancia, en el párrafo que se transcribe en seguida, y que es el nervio del fallo:

"El Juzgado del conocimiento fundó la absolución de los demandados, en que el actor no comprobó la existencia del crédito, y en que la escritura de partición, único título que invoca el apoderado del señor Tobón, 'no crea ningún derecho sobre las cosas objeto de la partición, porque en éstas no se hace otra cosa que adjudicarles a los respectivos asignatarios bienes que se creen existentes, y que aparecen inventariados como de propiedad del causante, pues la partición debe subordinarse a los inventarios, según precepto expreso del Código Civil, y así como por el hecho de inventariar un crédito en contra de la mortuoria no se deduce que tal crédito exista, de manera análoga por el hecho de adjudicarse un crédito no puede colegirse que él exista. La partición divide las cosas existentes, pero no les da vida; asigna, pero no crea.'

"El razonamiento del Juzgado es jurídico en todas sus partes, y está basado en la doctrina que constantemente han sostenido la Corte y los Tribunales."

Con apoyo en la causal primera de casación, de que trata el artículo 520 de la Ley 105 de 1931, alega el recurrente que el Tribunal ha violado los artículos 1494, 1495, 1498, 1499, 1602 y 1603 del Código Civil, desde luégo que, desconociendo la obligación que los socios tienen de satisfacer sus deudas en proporción de las acciones que representan en la Sociedad, ha desconocido el contrato de asociación que los obliga a ellos en virtud de aquellas disposiciones legales.

"Ha habido en la sentencia del Tribunal—continúa diciendo el autor del recurso—aplicación indebida de los artículos 1400 del Código Civil y 254 de la Ley 105 de 1890, al caso del pleito, porque la partición en aquella Sociedad de deudas procedentes del negocio entre los mismos socios que deben satisfacerlas, no entra por las reglas que aquellos artículos establecen para las mortuorias.

"El Tribunal, olvidando la última parte del artículo 2141 del Código Civil, le ha aplicado a la liquidación, irrestrictamente, las reglas sobre liquidación de las mortuorias, y ha concluído, erróneamente, que una distribución de deudas entre los mismos socios que han sido partes en el juicio sobre liquidación, es lo mismo que la distribución de créditos que se hace contra terceros en una mortuoria que no han intervenido en ella, y absuelve, con una frescura que pasma, de las deudas del negocio común, a unos socios, para hacer de cargo de uno solo la obligación de satisfacerlas.

"Debéis considerar que los socios que reparten en un juicio de liquidación las deudas que han contraído en el negocio social, y han debatido sus derechos e intereses en él, no están en el mismo caso de los herederos que refieren sus intereses a los bienes conseguidos por el causante sin hacerlos directamente materia del debate. Mejor dicho, los herederos admiten, como continuadores de la persona del difunto, el dominio y goce de los bienes que estuvieron en su poder, no como partes opuestas en el juicio, sino mediante un interés común, que los iguala en la distribución de un beneficio hereditario.

"Los socios en una sociedad civil o comercial no deben, ni pueden aspirar a ser herederos los unos de los otros,

sino a que en el debate se haga por medio de la justicia, la distribución de haberes y deudas, en forma que revista, respecto de los mismos socios entre sí, los derechos y las obligaciones cónsiguientes."

Todas estas violaciones de la ley que el recurrente señala en la sentencia, estriban en el error de hecho en que dice incurrió el Tribunal al apreciar la hijuela de adjudicación hecha en el juicio de liquidación de la Sociedad Tobón & Compañía, conforme a las siguientes razones, que expone así:

"1ª En que el Tribunal ha incurrido en error de hecho al confundir las hijuelas que se expiden en los juicios sobre liquidación de sociedades civiles o comerciales disueltas, con las expedidas en juicios de sucesión.

"Motiva el error del Tribunal una falta de análisis, que lo ha llevado a considerar la naturaleza específica de los dos juicios, porque tomando las cosas por el procedimiento que se sigue para su arreglo ante los Tribunales, ha querido igualar lo que en el hecho y en el derecho es diferente.

"2º El Tribunal, al apreciar aquella hijuela, ha incurrido también en error de derecho, porque ha pensado que no podía dársele a ese documento ningún valor probatorio tomando el crédito, no como el reconocimiento que hacen los socios de sus obligaciones recíprocas originadas del negocio común, sino como créditos venidos de otra fuente.

"Equivocación ésta que ha llevado al Tribunal a desconocerle a la parte demandante todos sus derechos.

"Con la sentencia infringió el Tribunal no sólo las disposiciones legales invocadas como fundamento de derecho en la demanda, sino los artículos 1494, 1495, 1502, 1503, 1527, 1602, 1603, 2079, 2080 y demás concordantes del Código Civil, porque vino a desconocer negando las consecuencias legales y necesarias del contrato de sociedad, la existencia eficaz de aquel contrato en perjuicio evidente de mi poderdante."

Considérase:

La Corte es de concepto que el Tribunal no ha incurrido en los errores de hecho y de derecho en la apreciación de la hijuela que ha servido de base al juicio como única prueba para demostrar la existencia del crédito que se cobra a la sucesión del doctor Enrique Forero.

De ella no aparece siquiera que el doctor Forero hubiera intervenido en la liquidación y partición de bienes consiguiente, de las cuales emana el crédito que se cobra.

No hay antecedente en el juicio de la manera como se practicó el inventario de bienes y deudas de la Compañía; si hubo en él intervención de todos los socios y éstos reconocieron las deudas a su cargo, o se presentó el título que las acreditara; pues no es el hecho de figurar en los inventarios un crédito lo que le da fuerza, sino el asentimiento del deudor, o el título que acredite su existencia.

La mera aserción que se haga en el inventario, de pertenecer a determinadas personas los objetos que se enumeran, no se hace prueba en cuanto al verdadero dominio de ellas, dice el artículo 475 del Código Civil.

El recurrente se empeña en sostener que el Tribunal, al apreciar la hijuela, ha incurrido en un error de derecho, porque ha pensado que no podía dársele a ese documento *ningún valor probatorio*, tomando el crédito, no como el reconocimiento que hacen los socios de sus obligaciones recíprocas, originadas por el negocio común, sino como créditos venidos de otra fuente; pero olvida que la hijuela sólo demuestra que a su representado se le adjudicó un crédito contra el doctor Enrique Forero, que aquél es dueño de ese crédito; pero para cobrarlo era preciso demostrar su existencia con otros elementos que en el proceso no figuran; ni siquiera aparece de esa hijuela, como se ha dicho, que el deudor hubiera intervenido en el inventario y en la liquidación que originaron las prestaciones que en este juicio se debaten. Ni se hizo tampoco la escritura de sociedad en que constan los derechos y obligaciones de los socios.

La circunstancia de que en la liquidación y partición de una compañía civil, a la cual se aplican las reglas de las sucesiones, según el artículo 2141 del Código Civil, no se trate de herederos sino de socios, no hace variar los fundamentos en que se apoya la responsabilidad de unos y otros, respecto de la sociedad y de la herencia.

Si un heredero es considerado como deudor de otro o de la sucesión, es preciso que se acredite la deuda, o con su consentimiento o con el título respectivo; y de la misma manera en lo que atañe a los socios. Una deuda no se demuestra ni con la inclusión en los inventarios, si el deudor la rechaza, ni con la partición, si no aparece probada su existencia por los medios establecidos para el efecto por la ley.

No existiendo, pues, los errores de hecho y de derecho que el recurrente atribuye al Tribunal en la apreciación de la hijuela, única prueba traída al juicio para establecer la existencia del crédito que se quiere hacer efectivo, carece de base la acusación por quebrantamiento de los artículos del Código Civil, que el autor del recurso señala como infringidos por el sentenciador.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el veinticinco de enero de este año, y condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la **Gaceta Judicial**, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Mauricio Giraldo, por medio de apoderado, compareció ante el Juzgado del Circuito de Filandia, y dijo:

"Entablo en debida forma juicio de división de bienes comunes contra la comunera señora Mercedes Giraldo de Márquez, representada por su legítimo esposo Jesús Antonio Márquez, ambos mayores de edad y vecinos del Municipio de Circasia, para que se sirva usted ordenar la división del terreno nombrado **Membrillal**, ubicado en el Municipio de Circasia," cuyos linderos expuso allí.

El Juzgado ordenó correr traslado de esa demanda a la demandada, y que ésta fuera notificada en la persona de su marido Jesús Antonio Márquez, quien la contestó diciendo:

"Acepto la división que se provoca, desde que ella quede vinculada al lote de terreno que dice tener quien

me demanda, y sobre la base esencialísima de que el actor, si tiene derecho a tierras en la cosa indivisa, éstas no tienen mejoras que al demandante puedan pertenecer, porque la totalidad de las que existen son de mi propiedad, y puestas a mis expensas. Así, pues, que con las condiciones que anteceden, acepto la demanda propuesta."

El Juzgado aceptó la división del terreno, y requirió a las partes para que nombraran peritos agrimensores para practicarla materialmente; pero como ninguna de ellas hizo tal designación, el Juzgado nombró al doctor Ignacio Jaramillo, y luégo aprobó la partición verificada por éste, ordenando a la vez que, previo el registro de ella, se protocolizara en la Notaría respectiva; que se le expidiera a cada uno de los interesados copia de su hijuela, y que se le entregara a cada uno de los adjudicatarios (Mauricio Giraldo y Mercedes Giraldo de Márquez), la parte de bienes que les correspondió en la partición, previo amojonamiento. Para esa entrega se comisionó al Juzgado Municipal de Circasia, y al ir éste a verificarla, el veintiuno de agosto de mil novecientos veintiocho, "el señor Jesús Antonio Márquez—dice la diligencia—hablando en su propio nombre, se opuso a la entrega del terreno, fundándose en que lo está poseyendo y lo tiene cubierto con mejoras a sus expensas, y además presentó la escritura número 299, de dos de abril de mil novecientos seis, de la Notaría de Armenia, en la cual consta la compra hecha por él a Rafaela Arias de Gómez de la finca nombrada **El Silencio**, alegando que en el terreno adjudicado al demandante Giraldo está comprendida parte de esta finca."

No obstante esa oposición, el Juez comisionado entregó al mismo demandante la parte que le correspondió en la división del terreno, y a la vez dejó en la misma diligencia "la constancia de que, a su juicio, sí hay parte del terreno comprado por el señor Márquez, según la escritura citada, comprendido en el terreno que le ha sido adjudicado al señor Giraldo."

Devuelto el expediente al Juzgado del Circuito, y admitida por éste la oposición, Márquez la formalizó en escrito de quince de septiembre del mismo año, en el cual dijo:

"Yo, Jesús Antonio Márquez, hablando en mi propio nombre, pido a usted que en sentencia definitiva y previa la tramitación correspondiente, y con citación y audiencia del señor Mauricio Giraldo, quien es mayor de edad y vecino de Armenia, y la señora Mercedes Giraldo, casada y vecina de Circasia, se declare:

"a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el juicio de división de bienes que en ese Juzgado se llevó a cabo entre Mauricio y Mercedes Giraldo, y, por consiguiente, no tiene valor alguno la sentencia de partición allí recaída.

"**b)** Que consecuencialmente queda rescindida la partición verificada en el citado juicio.

"**d)** Que soy dueño exclusivo de los terrenos y mejoras a que se contrajo la partición entre Mauricio y Mercedes Giraldo, a virtud de títulos adquisitivos de dominio.

"**e)** Que tengo mejor derecho que Mercedes y Mauricio Giraldo a los terrenos y mejoras donde se vinculó la partición *por prescripción adquisitiva del dominio*.

"**f)** Que subsidiariamente soy dueño exclusivo de todos los terrenos comprados a terceros, y que se incluyeron en la partición, y de la totalidad de las mejoras en todo el terreno en que se verificó la partición.

"**g** Que deben pagarme las costas del presente juicio, si lo afrontan."

Fúndanse estas peticiones en los siguientes hechos:

"2º Al contestar la demanda que se me corrió en traslado, el diez y siete de junio de mil novecientos veintisiete, acepté la partición aludida, 'desde que ella quede vinculada al lote de terreno que dice tener quien me demanda, y sobre la base esencialísima de que el actor, si tiene derecho a tierras en la cosa indivisa, éstas no tienen mejoras que al demandante puedan pertenecer, porque la totalidad de las que existen son de mi propiedad y puestas a mis expensas. Así, pues, que con las condiciones que anteceden, acepto la demanda propuesta.'

"3º No obstante la manera como contesté la demanda, textualmente transcrita en parte en el hecho anterior, el negocio no se abrió a pruebas, como ha debido hacerse, tanto para establecer la existencia de la comunidad en las tierras, como para definir la propiedad de mis mejoras existentes en ellas, y que desde un principio dejé acentuado como condición para aceptar la partición. Y ello porque hubo desacuerdo en los hechos, y es un imperativo abrir la causa a prueba para que las partes presenten las que estimen convenientes, como lo dice el artículo 145 de la Ley 105 de 1890.

"4º El juicio siguió su curso, sin que a la parte demandada se le diera campo para su defensa, acaso vencida.... en la sentencia sin juicio contradictorio, pecando contra el principio constitucional que consagra tal derecho.

"5º Un hecho esencialísimo es el de que en el juicio de partición entre Mauricio contra Mercedes Giraldo, no se hizo a ésta ninguna notificación, como puede verse a lo largo del expediente, conformándose tanto el Juzgado como la parte demandante con el traslado y notificación que se me hizo a mí solo, lo que induce nulidad del juicio sobre que recayó la sentencia de partición y demás diligencias consiguientes, como lo resolvió el Tribunal de Manizales en este mismo asunto y por los mismos motivos.

"6º En la sentencia en dicho juicio de partición, de fecha veinte de abril del corriente año, a la parte expositiva de esta providencia se dice:

'Márquez aceptó la partición, **no obstante haber advertido que las mejoras existentes en el inmueble, materia de este juicio, eran de su propiedad, pues las puso a sus expensas,** lo que quiere decir que la misma sentencia dejó establecido a favor de Márquez la propiedad en las mejoras, y cuando menos el derecho de retención.'

"7º La misma sentencia a que se ha referido, ordena:

'**Que se entregue, previo amojonamiento que se hará ante el Juez y los peritos agrimensores,**' mientras que el Juez Municipal de Circasia, comisionado para tal cosa, por sí y ante sí, sin proceder al amojonamiento y sin asistencia de peritos agrimensores, se fue hasta más allá de la sentencia, no cumpliéndola y causándome despojo.'

"8º A pesar de los defectos sustanciales constatados en los puntos anteriores, a Mauricio Giraldo se le adjudicó en la hijuela de partición, dentro del juicio a que vengo refiriéndome, cosa ajena, ya que se le adjudicó un lote de terreno de mi propiedad, que hace parte del que adquirí por compra hecha a doña Rafaela Arias de Gómez, según escritura número 299, otorgada en Armenia,

el dos de abril de mil novecientos seis, título que acompaño, para que sea tenido como prueba.

"9º De la misma manera se hizo con el lote adjudicado dentro de la partición a Mercedes Giraldo de Márquez, como fue el acto de asignarle la totalidad de su cuota en tierras de mi propiedad, compradas a Ramón María y a Abel Cárdenas, según escritura número 115, de diez y seis de abril de mil novecientos veintiuno, otorgada ante el Secretario del Concejo Municipal de Circasia, con funciones de Notario; y a Jesús M. Cardona, por escritura número 116 de la misma fecha, y ante la misma autoridad que la anterior. Mis vendedores Cárdenas hubieron la finca que me vendieron, de Jesús Cardona Nieto, por escritura número 244, otorgada ante el Secretario del Concejo Municipal de Filandia, el trece de noviembre de mil ochocientos noventa y seis, que a su vez la hubo de Alejo Castaño, como consta de la escritura número 42, otorgada ante el mismo Secretario de Filandia, el diez y nueve de agosto de mil ochocientos noventa. Tolos estos títulos los acompaño junto con el certificado del señor Registrador de instrumentos públicos de Armenia, de ocho de los corrientes, con el que demuestro que la escritura número 299, de que hablé en el hecho 8º, no está cancelada.

"10. Hace treinta años largos que a los terrenos que dice el demandante estar vinculado lo partible entre él y Mercedes Giraldo, llegué yo, siendo tierras vírgenes y baldías, empezando por abrir trochas, matar tigres y osos, derribar montañas seculares, sembrar la primera mata de yuca y afrontar toda clase de peligros y de lucha, hasta llegar a tener esos terrenos en el estado en que se encuentran hoy, abiertos, con casa de habitación, sementeras, pastos artificiales, etc., todo puesto a mis expensas y con mi trabajo personal.

"11. Como ya dije en otra parte, yo contesté la demanda del juicio de partición contra Mercedes Giraldo, en mi carácter de esposo legítimo de ella. Pero personalmente yo no fui parte en el citado juicio divisorio, y los intereses que ahora defiendo son otros muy distintos.

"12. Es absolutamente cierto que el juicio de partición a que me he venido refiriendo, entre Mauricio y Mercedes Giraldo, se vinculó a terrenos y mejoras que son de mi exclusiva propiedad, adquiridos mediante títulos legales, lo que crea la nulidad y rescisión de tal juicio de manera incontrovertible."

Mercedes Giraldo de Márquez contestó la demanda, aceptándola en todas sus partes; pero el otro demandado, Mauricio Giraldo, no dio contestación a ella.

El Juzgado falló en primera instancia, el veintinueve de agosto de mil novecientos veintinueve, absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda; pero por apelación concedida al demandante, el negocio subió al Tribunal Superior de Pereira, y éste, en su fallo de tres de noviembre de mil novecientos treinta, revocó esa sentencia, y en su lugar dispuso:

"Es nulo, de nulidad absoluta, el juicio que sobre división de bienes comunes propuso el señor Mauricio Giraldo en contra de Mercedes del mismo apellido, ante el señor Juez del Circuito de Filandia, y que terminó con la diligencia de entrega, verificada por el señor Juez Municipal de Salento, como comisionado; diligencia que lleva fecha veintiuno de agosto de mil novecientos veintiocho, y que fue protocolizada por medio del instrumento público número 313, de fecha veintidós del mismo mes citado, ante el señor Notario de Circasia.

"2º Como consecuencia de la declaratoria anterior, se declara rescindida o sin efecto alguno la partición que se verificó por medio del referido juicio.

"3º Pertenecen, y son de la exclusiva propiedad del señor Jesús Antonio Márquez, las mejoras plantadas en el expresado terreno, que por medio de este fallo vuelven a la comunidad entre Mauricio Giraldo y Mercedes de igual apellido; y

"4º No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas, y como consecuencia, se reconoce que el terreno delimitado en las respectivas cartillas de adjudicación de los comuneros Giraldos, es de propiedad de éstos.

"Los señores Jueces que intervinieron en la secuela del juicio anulado, responderán de las costas referentes a esa misma actuación, pero sólo en las que pudieran ser reclamadas por parte del señor Jesús Antonio Márquez.

"No se hace especial condenación en costas en esta instancia."

El apoderado de Mauricio Giraldo interpuso el recurso de casación, y le fue concedido. El recurso es admisible, y está fundado en la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Como se ha visto, la sentencia recurrida declara nulo, de nulidad absoluta, la división del bien común nombrado **Membrillal,** llevada a cabo mediante el correspondiente juicio especial seguido en el Juzgado del Circuito de Filandia, fundándose en las siguientes razones:

a) En que la demanda no fue notificada a la demandada Mercedes Giraldo de Márquez, sino a su marido, lo que implica falta de consentimiento de aquélla.

b) En que el juicio no se abrió a pruebas, lo que constituye pretermisión de formalidades sustanciales necesarias para la validez del acto; y

c) En que en los dos lotes en que se dividió el terreno hay mejoras puestas por un tercero, y, por consiguiente, en lo relativo a esas mejoras, hubo división de bienes ajenos, lo que constituye objeto ilícito.

"En términos generales—dice el recurrente—formulo, pues, el primer cargo así:

"Es casable la sentencia por la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por **error de derecho, consistente en asimilar el juicio de división de bienes comunes que se surtió entre Mauricio Giraldo ante el Juez del Circuito de Filandia, a un verdadero contrato.** Con tal motivo, el Tribunal ha violado, por indebida aplicación al caso del pleito, las disposiciones reguladoras de los contratos que fundamentan el fallo materia del recurso."

Conceptúa el Tribunal que, "como se ve—dice—el auto admisivo de la demanda no está ajustado a la ley procedimental, porque lo que el señor Juez debió ordenar fue la notificación previa del señor Márquez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 310 del Código Judicial, sin perjuicio de hacerle la notificación a la señora Giraldo y con posterioridad correrle el traslado, bien fuera al esposo Márquez o a ella misma. Se dirá: ¿porqué el traslado tenía que hacerse a ella, en lugar de hacerlo al marido, quien, en puridad de verdad, representa a su mujer?, pero la explicación es bien sencilla: como se trata de la extinción del cuasicontrato de comunidad, y se iba a dividir un bien cuya cuota era de la exclusiva propiedad de la señora Giraldo, se perseguía con la ini-

ciación del juicio la constitución de un contrato entre los comuneros, ya que si la partición tiene las características de un acto simplemente, si se atiende a sus consecuencias jurídicas, tendiente a la definición de los derechos por parte de los condueños, el acto de partición constituye un contrato, consistente en la declaratoria sobre la terminación de la comunidad, y en la obligación de reconocer como propiedad individual la cuota parte que a cada uno haya correspondido.

"Si pues, la partición que se verifique entre los comuneros tiene por su natuarleza y fin las características de un contrato, ya que 'contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan para con otra u otras sobre determinados puntos, antes sujetos a la voluntad de los mismos contratantes,' es claro que el señor Jesús Antonio Márquez no podía **por sí y ante sí,** sin la intervención legal de su esposa, aceptar la partición promovida."

Más adelante agrega:

"No desconoce la Sala que algunos Tribunales, y aun la misma Corte han sostenido que la falta de notificación de la demanda de la mujer casada no produce nulidad de lo actuado, siempre que se haya notificado al marido y se haya seguido el juicio con éste; pero esta tesis es aceptable en juicios muy disitintos al que motivó esta litis.

"Uno de los errores de derecho más digno de lamentar, en que incurrió el Tribunal—arguye el recurrente—es el consignado en el aparte que dice: que 'el señor Márquez no podía intervenir en el juicio en nombre y representación de su esposa, sin el natural consentimiento de ella.'

"Nuestra legislación en ninguna parte preceptúa tal cosa; es la mujer la que requiere la autorización del marido para comparecer en juicio y aun es con ella con quien, de ordinario, se sigue el juicio cuando se trata de sus bienes propios; la previa notificación que debe hacerse al marido, implica, como es obvio, la representación legal de éste por su mujer; clarísimo es, de consiguiente, que el marido tiene personería sustantiva bastante para representar en juicio a su mujer. Empero, agrega la sentencia: 'no desconoce la Sala que algunos Tribunales, y aun la misma Corte, han sostenido que la falta de notificación de la demanda a la mujer casada no produce nulidad en lo actuado, siempre que se haya notificado al marido y se haya seguido el juicio con éste; pero esta tesis es aceptable en juicios muy distintos al que motivó esta litis.'

"Al desconocer así el Tribunal la representación legal del marido, viola de manera directa el artículo 62 del Código Civil, que sin distingos de ninguna naturaleza dice:

'Son representantes legales de una persona, el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor o curador.'

"De suerte que la jurisprudencia a que se alude en el fallo está calcada en una disposición sustantiva que es terminante, y quien vaya contra dicha jurisprudencia, va directamente contra ley expresa. Además: muy curioso sería saber qué criterio es el adoptado por el Tribunal Superior de Pereira para admitir en unos juicios la representación legal del marido y en otros nó. En la peligrosidad que entrañan estos distingos, es en lo que se basa el principio de que donde la ley no distingue no es lícito distinguir; protuberante está, pues, este nuevo motivo de casación por violación del artículo 62 citado."

Se considera:

Instituye el artículo 62 del Código Civil, que el marido es el representante legal de la mujer que vive bajo su potestad, y armónica con esa institución, establece el artículo 181 de la misma obra que "sin autorización escrita del marido no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí ni por procurador, sea demandando o defendiéndose," salvo en causa criminal o de policía que se siga a la mujer, y en los litigios de ésta contra su marido o de éste contra aquélla.

Exceptuados estos casos, el precepto consagrado en esos dos artículos es general, aplicable a toda clase de juicios, y no le es dado al juzgador desvirtuar esa generalidad por medio de distinciones no establecidas por la ley. Acorde con ese precepto, establecía el artículo 310 del Código Judicial de 1887, este otro precepto, también general: "cuando se entable demanda contra una mujer casada, debe notificarse previamente a su marido, si éste se hallare presente en el lugar del juicio." Esta disposición no sólo entraña un homenaje a la potestad marital, sino que, a la vez, estimula el deber que la ley impone al marido, de proteger a la mujer, y cede en pro de los intereses de la sociedad conyugal, que bien pudiera salir afectada por las resultas de un juicio inopinadamente aceptado por la mujer sin conocimiento del marido. Notificado previamente el marido de la demanda entablada contra su mujer, es potestativo de él decidir si debe asumir en el juicio la representación legal de ésta, o si la autoriza para comparecer por sí, haciendo ella su propia personería. Es éste el único alcance que ha de concedérsele a la expresión **previamente,** usada en el artículo 310 del Código Judicial.

Pero agrega el opositor que "si no fuera suficiente la cita de los anteriores preceptos para demostrar que la ley quiere que la mujer casada sea notificada expresa y personalmente de la demanda que contra ella se intenta, todavía podría citarse el caso contemplado en el inciso 2º del artículo 1379 del Código Civil, que dice así a la letra:

"Pero el marido no habrá menester de otra autorización para provocar la partición de los bienes en que tenga parte su mujer; le bastará el consentimiento de su mujer, si ésta fuere mayor de edad, y no estuviere imposibilitada de prestarlo, o el de la justicia, en subsidio.

"Si el marido no puede, sin el consentimiento de la mujer, provocar la partición de bienes en que ella tiene interés, tampoco puede, sin ese mismo consentimiento, aceptarla, porque donde existe la misma razón debe existir la misma disposición."

Sin entrar en otras consideraciones, basta hacer presente, en contra de lo afirmado por la parte opositora, que es regla general establecida por la ley, que "el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tál administra libremente los bienes sociales y los de su mujer" (artículo 1805 del Código Civil), y que es, además, el representante legal de ésta, no necesitando de su autorización ni de su consentimiento para comparecer por ella en juicio. Las excepciones a esa regla han de ser, pues, expresas, precisas y de estricta interpretación, de modo que la condición impuesta al marido de obtener el consentimiento de su mujer, o el de la justicia en subsidio, para provocar la partición de los bienes en que aquélla tenga parte, no puede hacerse extensivo al caso de que un comunero provoca judicialmente la división de un bien en que es condueña una mujer casada, para obligar a ésta a ponerle término a la comunidad. En este caso el

marido no necesita comprobar el consentimiento de su mujer ni obtener el de la justicia en subsidio para comparecer en el juicio en representación de aquélla.

Por todas estas razones, la Corte estima fundado este primer cargo.

Refiriéndose el recurrente al concepto del Tribunal, de que la división del terreno **El Membrillal** quedó afectada de nulidad absoluta por omisión de formalidad sustancial, consistente en no haberse abierto el juicio a prueba, dice:

"El Tribunal encuentra un nuevo motivo de nulidad en el hecho de no haberse abierto el juicio de división a prueba, tal parece que el honorable Tribunal de Pereira estuviera imbuído del prurito endémico de hallar en todo nulidades, lo que indudablemente encierra una peligrosidad por parte de los encargados de administrar justicia....."

Se extiende el recurrente en comentarios sobre este concepto del Tribunal, haciendo notar que las causales de nulidad se hallan taxativamente enumeradas en las leyes, y que las procedimentales no son más que dos, como imperativamente lo dice el artículo 123 de la Ley 105 de 1890, en estos términos:

"Las únicas causas de nulidad en **todos los juicios**, son:

"1ª La incompetencia de jurisdicción; y

"2ª Ilegitimidad de la personería de alguna de las partes."

Claramente se colige que estos reparos del recurrente se conexionan con el cargo formulado al comienzo de su alegato, por error de derecho e indebida aplicación del artículo 1740 del Código Civil al caso de este pleito, citando en apoyo de su tesis la jurisprudencia de la Corte, consignada en casación de doce de febrero de mil novecientos veinticinco, en la cual se dijo que "las disposiciones del Código Civil, sobre nulidad, sólo son aplicables a los actos o contratos civiles entre las partes y nó a las actuaciones judiciales y administrativas."

Esta jurisprudencia ha sido sustentada por la Corte en distintas ocasiones, y de acuerdo con ella, es casable la sentencia, en cuanto se funda en el concepto de que son nulos "el juicio y la partición que por medio de él se verificó" por "omisión de formalidad sustancial, consistente en no haberse abierto a pruebas el juicio, ya que esta omisión tampoco estuvo erigida en causal de nulidad en la ley procesal bajo cuyo imperio se siguió el juicio a que se refiere la sentencia recurrida. Por estas mismas razones, la Corte estima igualmente fundado el cargo de violación del artículo 1502 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito, al decir el Tribunal que "la partición es nula, de nulidad absoluta, por haber quedado incluídos bienes de terceros (los que reclama Márquez), en lo cual hay objeto y causa ilícitos," siendo así —como lo observa el recurrente—que, "por una parte, no se trata aquí de ningún acto o declaración de voluntad, y por otra, las mejoras que alega Márquez no constituyen bien de tercera persona."

Para resolver en instancia, se considera:

"Que se declare que Márquez es dueño—dice la sentencia de primer grado—de los terrenos y mejoras a que se contrajo la partición entre los Giraldos, y que tiene mejor derecho que ellos a esos terrenos, son las peticiones **d)** y **e)**, pero como no existe en este juicio la partición, nada se puede resolver sobre eso. La petición **f)** es subsidiaria, para que se declare dueño a Márquez de todos los terrenos comprados a terceros y **que se incluyeron en la partición**, pero ni aun esta declaratoria puede hacerse por falta del mismo acto legal de partición.

"Quien pide la nulidad de un acto o contrato, debe empezar por exhibir ese acto o contrato.

"Es verdad que peritos en una inspección ocular practicada a los terrenos en donde se vinculó la partición atacada, examinaron los linderos en que constan las hijuelas en el juicio divisorio que se pretende anular, pero las vieron en las Notarías, y en este juicio no constan los linderos; es verdad también que el opositor Márquez ha presentado títulos suficientes para comprobar que es dueño de tierras en **Membrillal**, de la jurisdicción de Circasia, y hasta ha comprobado su posesión de más de treinta años consecutivos en esas tierras, pero los peritos de la inspección ocular no han dicho qué parte de las tierras de Márquez son las que fueron incluídas en la partición entre los Giraldos, ni podían decirlo, porque en el juicio sí constan los linderos de los terrenos y mejoras en el juicio de partición, no constan los linderos de lo adjudicado a los Giraldos en el juicio de partición llevado a cabo entre ellos; y era necesario decidir en la inspección con seguridad qué parte determinada del terreno alinderado en la escritura 299 fue la que se adjudicó a Mauricio Giraldo, y qué parte determinada de lo alinderado en la escritura 116 fue la que se adjudicó a Mercedes Giraldo. Y para ello era preciso que el Juez y los peritos hubieran tenido a la vista no sólo las dos escrituras citadas, sino las hijuelas formadas a Mauricio y Mercedes Giraldo. Era la única manera de desatar el pleito.

"Ante semejante deficiencia de pruebas, es inútil entrar a estudiar el derecho de Márquez para entablar la acción que ejercita en este juicio."

En la segunda instancia, la parte de Márquez hizo venir a este expediente copia de todo el juicio de división del terreno **El Membrillal**, seguido por Mauricio Giraldo contra Mercedes Giraldo, inclusive la diligencia de partición con las correspondientes hijuelas, debidamente registradas, cuya falta se anotó en la sentencia de primera instancia; pero no se practicó nuevamente el reconocimiento pericial de esas tierras, a fin de establecer con precisión—como lo anota el Juzgado a quo—"qué parte determinada del terreno alinderado en escritura número 299, fue la que se adjudicó a Mauricio Giraldo, y qué parte determinada de lo alinderado en la escritura 116 fue la que se adjudicó a Mercedes Giraldo."

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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Pereira el tres de noviembre de mil novecientos treinta, y en su lugar resuelve:

Confírmase la sentencia de primera instancia dictada en este juicio por el Juzgado del Circuito de Filandia, el veintinueve de agosto de mil novecientos veintinueve, con la sola adición de que quedan a salvo los derechos que en el terreno de **El Membrillal**, y mejoras existentes, que fueron divididos entre Mauricio y Mercedes Giraldo, puedan tener Jesús Antonio Márquez y la sociedad conyugal formada por éste y Mercedes Giraldo.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Hévila Rodríguez viuda de Ortiz y Juan B. Ortiz R. demandaron a la herencia de los señores Rafael Rodríguez y Mercedes Silva, representada por los señores que figuran en el libelo de demanda, para que se les condenara al pago de setenta y dos mil novecientos cuatro pesos ($ 72,904) oro, como mejoras y expensas del fundo de **Sandoná.**

Los demandados contrademandaron para que se condenara a los demandantes a pagar a la herencia de Rafael Rodríguez y Mercedes Silva, la suma de ochenta mil pesos ($ 80,000) oro, valor de los frutos percibidos por los demandantes en la citada hacienda.

El Juez falló:

"No existen las excepciones perentorias alegadas por los litigantes.

"La herencia de los señores Rafael Rodríguez y Mercedes Silva, representada por los demandados en el libelo de veintiséis de octubre de mil novecientos veinticinco y su corrección, debe, por concepto de expensas y mejoras, la suma de setenta y dos mil novecientos cuatro pesos ($ 72,904) oro.

"La señora Hévila R. viuda de Ortiz debe a la herencia antes dicha, la cantidad de setenta y dos mil novecientos cuatro pesos ($ 72,904) oro, por concepto de frutos percibidos en la hacienda **Sandoná,** desde el diez y seis de febrero de mil novecientos quince, como poseedora actual y de buena fe.

"Por tener lugar la compensación, no se ordena pago de tales cantidades; y

"Se absuelve a los demandados de las otras petitorias de los respectivos libelos demandatorios."

Ambas partes apelaron, y el Tribunal de Pasto puso fin al litigio con la sentencia de fecha once de agosto de mil novecientos treinta y uno, cuya parte resolutiva dice:

"Por lo anterior, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de veintiuno de abril de mil novecientos treinta, proferida por el señor Juez 2º de este Circuito, y que ha sido materia de la alzada, y la adiciona para declarar:

"I. Que la compensación de los valores procedentes de expensas y mejoras y de frutos, se efectúa sólo hasta el nueve de septiembre de mil novecientos veintidós, en que se ejecutorió la sentencia que declaró esos derechos; y

"II. Que se ha terminado el derecho de retención de la hacienda **Sandoná,** consecuencialmente.

"Costas comunes."

Interpusieron recurso de casación los demandantes, recurso que se pasa a estudiar.

Se acusa el fallo, en memorial dirigido al Tribunal, por la segunda causal, por cuanto el sentenciador no falló sobre el desistimiento que hicieron los señores Rodrigo Rodríguez y Rubén Hurtado, para no cobrar frutos, reconociendo el valor de las expensas y mejoras demandadas.

Para contestar este cargo, basta observar que ni en la demanda principal ni en la contrademanda formularon esas peticiones. Ellas fueron una incidencia en el juicio, que si se quedó sin resolver, no da margen a la segunda causal por violación del artículo 95 de la Ley 105 de 1890.

Varios extremos alega el recurrente con motivo de la primera causal, extremos que no se estudiarán en su totalidad, porque para la Sala prospera la acusación por la violación de los artículos 1715 y 1716 del Código Civil.

En efecto, al estudiar la excepción de compensación, dijo el sentenciador:

"Siendo esto así, se opera la compensación, a diferencia de lo que sucede cuando las deudas son líquidas, pues así lo dan a comprender los artículos 1715 y 1716 del Código Civil.

"Se cree, según afirmación del demandante, que habiendo vendido las expensas y mejoras no puede oponerse al comprador la compensación proveniente de los frutos. Pero basta para combatir este argumento, atenerse a la regla general de que nadie da lo que no tiene. Si la señora Hévila Rodríguez viuda de Ortiz era, por una parte, acreedora al monto de expensas y mejoras, y por otra, debía frutos; acreencia y deuda entre los mismos, es lógico concluír que no podía transferir a su comprador sino el saldo que arrojare a su favor la liquidación de expensas y mejoras con frutos. A este respecto se encuentran las disposiciones de los artículos 1718 del Código Civil y 947 del Código Judicial.

"Al estudiar la excepción de compensación en la demanda principal, se llegó a la conclusión de que eran compensables la acreencia de expensas y mejoras a que tenía derecho la señora viuda de Ortiz con la deuda que tiene a su cargo por los frutos percibidos, y como uno y otro derecho tienen igual valor, así se le debe declarar, llegando a la misma conclusión del fallo de primera instancia."

Se ataca así estos conceptos:

"I. Entendió el Tribunal y lo expresó con relativa claridad, que no se había efectuado la compensación legal, por no estar ambas deudas liquidadas hasta el momento de proferirse el fallo, y pensó, bien que podía él mismo decretar la compensación, o bien que ésta se realizaba tan pronto como se liquidaran, a virtud del fallo, los dos créditos citados; pues en cualquiera de los dos sentidos pueden tomarse estos vocablos suyos, que vuelvo a transcribir: 'siendo esto así, se opera la compensación, previa liquidación, a diferencia, etc.'; de donde se deduce que el Tribunal violó los mismos textos en que dijo apoyarse, o sean los artículos 1715 y 1716 del Código Civil, así: el 1715, directamente, desfigurándolo con añadiduras de lo que no reza; el 1716, aplicándolo, sin ser el caso de aplicarlo."

Es evidente que la compensación sólo puede tener lugar cuando ambas deudas son líquidas y actualmente exigibles, condición la primera que no se cumplió con las deudas en cuestión, pues precisamente, este doble pleito tenía por objeto establecer la cuantía de esas recíprocas acreencias, que no podía saberse a cuánto ascendían, sino una vez que el pleito fuera fallado por sentencia firme, y entonces sí llenarían las condiciones que exige la ley para que se opere la compensación. Tesis ésta ya sentada por la Corte en auto de diez y nueve de septiembre de mil ochocientos noventa y nueve, en el cual se estudiaron las diversas formas de compensación alegadas por el recurrente, formas que no están reconocidas por nuestro derecho positivo.

Dice ese auto:

"..... La demanda de reconvención es demanda

incidental, formada por el demandado para obtener el reconocimiento de la liquidación de un crédito que pretende tener contra el demandante, con el objeto de llegar a la compensación de las dos deudas, como, por ejemplo: 'si tú me demandas por diez mil francos, y reconvencionalmente yo te demando una suma igual, a título de daños y perjuicios por una causa cualquiera.' Si la deuda de daños y perjuicios fuese líquida, la compensación se verificaría de pleno derecho; el único obstáculo que se opone aquí a la compensación es la falta de liquidación de la deuda, pero si la liquidación es fácil, el Juez la hará y decretará la compensación hasta la concurrencia debida.

"En concepto de la Corte, esta división, meramente teórica, no es aplicable en un juicio de procedimiento especial y en un incidente de vía breve y sumaria del mismo.

"Es cierto que cuando existen dos créditos recíprocos de una misma especie, aunque alguno de ellos no sea líquido ni actualmente exigible, puede verificarse respecto de ellos, por convención de las partes o por sentencia firme, lo que se llama compensación en el lenguaje común; pero no es esa la compensación **ipso jure** que, según los preceptos legales, se verifica aun sin conocimiento de las partes, cuando hay lo que se llama **cantidad concurrente**, es decir, cuando la deuda que se trata de hacer valer por vía de compensación es líquida y actualmente exigible.

"En el caso de que se trata, las deudas que J. Camacho Roldán & Compañía han querido hacer efectivas por vía de compensación no son líquidas; su liquidación depende de lo que se haga, teniendo en cuenta las operaciones de la extinguida Casa de comercio de J. Camacho Roldán & Compañía, o sea la liquidación completa de dicha Casa; tampoco eran actualmente exigibles a la fecha en que se propusieron las excepciones. Si se aceptara la doctrina que el excepcionante sustenta, tales deudas serían exigibles desde el momento en que quedara ejecutoriada la sentencia en que se hiciera el reconocimiento de aquéllas, pero no antes, es decir, que habría una pretendida compensación legal sobre deudas liquidadas y hechas exigibles con posterioridad al recaudo judicial de una líquida y exigible con anterioridad a aquéllas."

Casada la sentencia por causa del quebrantamiento de las disposiciones citadas, se pasa a dictar la de instancia.

Respecto de la acción de los demandantes, la Corte acoge las razones expuestas por el Juez de la instancia, para fijar el monto de las mejoras y expensas de **Sandoná**.

"Con la abundante prueba testimonial acumulada en los cuadernos números 5 y 6, la que no ha logrado ser tachada por falta de imparcialidad, como se propuso el representante de los demandados, se demuestra que la hacienda **Sandoná**, cuando fue recibida por don Juan Bautista Rodríguez, estaba en muy mal estado por la reducción de sus cultivos y por encontrarse poblada de cañabravales y montes; y que tanto la señora Hévila, por medio de sus hijos, y sus antecesores, pusieron en el fundo, desde antes de mil novecientos catorce, mejoras útiles de consideración, que han aumentado el valor venal de la cosa, mejoras de gran significación, consistentes en grandes plantaciones de cañaduzales, plataneras, cafetales, establecimientos de pasto y formación de terreno cultivable para maíz, en extensión considerable; casas de habitación, trapiches, cerraduras, caminos, acequias de agua para riegos, abrevaderos y usos domésticos, y árboles frutales en cantidad significativa. Siendo indudable el establecimiento de las mejoras dichas en la hacienda, su valor resulta del concepto pericial rendido por César Salazar y José Guerrero (cuaderno número 7, página 73), concepto recogido por el doctor Ortiz R., y que coincide o está de acuerdo con lo que deponen los testigos citados por doña Hévila y su hijo, testimonios que no hay para qué enumerarlos. Así, pues, resulta que con la anterior probanza las mejoras puestas en la hacienda y cobradas por la señora viuda de Rodríguez, valen setenta mil ciento cuarenta y siete pesos oro.

"Sobre este particular, el doctor Ortiz R. ha pretendido demostrar que la mayor parte de las mejoras pertenecen a los arrendatarios y aparceros de la hacienda, y que en su establecimiento no se ha invertido la suma cobrada por el demandante. Respecto de lo primero, si se ha establecido qué esas mejoras son puestas por gentes que han trabajado en la hacienda, ellas, es claro, que se deben a la administración de los poseedores, que hicieron contratos con los terrazgueros, etc.; y en cuanto a la inversión en dinero, o a su apreciación, es cosa que se debe mostrar con peritos y no con testigos. Por esto el juzgador se atiene al concepto aludido, que, como se dijo, está respaldado por variada y uniforme disposición de testigos. Por concepto de expensas necesarias en la conservación de la cosa, se cobra la suma de dos mil setecientos cincuenta y siete pesos oro, y sobre su erogación también se encuentra probada la petitoria, desde luégo que entre esos gastos deben catalogarse los emolumentos de administradores y mayordomos; los honorarios de los defensores en asuntos judiciales; los impuestos de toda clase que se han satisfecho, de todo lo cual consta el correspondiente recibo certificado; la construcción de obras permanentes, como acueductos, caminos, cerraduras, etc."

Respecto de la demanda de reconvención, y en cuanto a la fijación del valor de los frutos que deben restituir los demandantes, el recurrente conceptúa que el Tribunal quebrantó el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, por cuanto fijó el valor de los frutos, sin tener en cuenta la exposición pericial, y atribuyéndose facultades que no tenía para fijar ese valor.

Dice así el sentenciador:

"Ya se dijo que es preciso prescindir de los conceptos periciales de segunda instancia, y en cuanto a los de primera, se acogen las razones del señor Juez del conocimiento, que dicen:

'El demandante designó perito al señor Abel G. Mata; como la demandada no lo hizo en el término que se le fijó, se designó al señor Emiliano Gómez A., y como tercero, se nombró al señor José E. Gómez y G.'

"Al emitir sus conceptos, han llegado a un acuerdo el perito de la demanda (sic) con el tercero, como se ve de sus respectivos escritos, disintiendo el perito de los demandantes. El Juez prescinde totalmente del concepto dado por Mata, porque, como él dice, '..... mi trabajo se duplicó, porque apenas he tenido sobre mi mesa el expediente de los datos originales que a lápiz formámos al recorrer la hacienda, y no todos. Con este expediente, que puedo llamarlo un verdadero rompecabezas, he tenido que elaborar este mi concepto.'

"No puede darse más franca confesión acerca de la deficiencia en la exactitud del trabajo. Otra cosa sucede con el concepto de Gómez y G., al cual se adhirió Gómez A., estudio que vale la pena de analizar detenidamente....

Y en este trabajo pericial, que corre a foja 144 del cuaderno número 7, se han clasificado los productos en seis grupos, computándolos desde la fecha señalada por el sentenciador de mil novecientos diez y ocho (diez y seis de febrero de mil novecientos quince) hasta el treinta y uno de agosto de mil novecientos veintinueve, deduciendo los siguientes cómputos, con las consideraciones allí expuestas: producto bruto, $ 487.263—$ 541 moneda legal; producto líquido, $ 194.364—$ 230; intereses, a razón del 6 por 100 anual sobre rendimiento líquido, en el mismo lapso, $ 239.321—$ 222. Por manera que, deduciendo de esta última suma el valor comprobado por expensas y mejoras, de $ 72.904, queda un saldo en contra de doña Hévila, de $ 166.47—$ 22 moneda legal; y haciendo la resta del producto líquido de frutos, sin computar intereses, queda una diferencia de $ 121.460—$ 230 moneda legal, que es la suma que debería abonar la misma señora a la herencia de Rafael Rodríguez y Mercedes Silva.

"Pero la anterior computación o apreciación no la puede aceptar el juzgador, por las siguientes razones: no es legal ni admisible la liquidación de intereses, como lo pidió el doctor Ortiz R., desde luégo que la reconvencionada no está en mora de pagar (artículos 1608 y 1617 del Código Civil). El saldo líquido de $ 194.364—$ 230, no es aceptable, porque se le deduce computando el valor líquido de los frutos en todos los años con el mismo término medio; porque para liquidar el monto del producido de los frutos como maíz, café, plátanos, etc., no se tuvo en cuenta las altas y bajas a que está sujeta la agricultura en estas regiones; porque al analizar el renglón de pastos se promedió un producto líquido, sin tener en cuenta que no es factible que una extensión considerable de terreno dedicado al pastaje, se mantenga permanentemente ocupada en la cabida—que para animales—se le calcula para mantener cada hectárea; porque si se han deducido gastos de producción en general, nada se ha considerado con relación a los capitales invertidos para obtener los seis renglones de producción; y porque, como aparece suficientemente demostrado de autos, la hacienda **Sandoná**, como todas las de su índole, se la explota con alpartidarios y arrendatarios, y en este caso no se ha tenido en cuenta la parte de frutos correspondiente al sembrador partidario o aparcero, ni se han computado los cánones de arrendamiento que pagan los arrendatarios por los lotes que usufructúan, habiendo involucrado los peritos estas circunstancias esenciales, en frutos que suponen producidos sin costos ningunos y sin participaciones de ninguna clase. Un producto cualquiera se lo obtiene directamente por el hacendado, y en ese caso necesita de capitales de inversión, que los peritos no tuvieron en cuenta; o lo obtiene por el sistema de arrendamientos o aparceros, y en este caso precisa deducir las participaciones y computar el valor de los cánones únicamente, cosa que tampoco hicieron los peritos."

Ya se ha resuelto por esta Corte que no se puede alegar error de hecho ni de derecho en la apreciación de un dictamen pericial cuando el Tribunal se aparta de él. El fallador goza de autonomía en la apreciación de las pruebas. Si el Tribunal de Pasto, en este caso, no admitió el dictamen pericial en todas sus partes, bien pudo fijar la cuantía de esos frutos, presumiendo en este caso que tuvo en cuenta las demás pruebas que figuran en el expediente (artículo 79, Ley 105 de 1890).

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, falla:

Primero. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de fecha once de agosto de mil novecientos treinta y uno.

Segundo. Revócase la sentencia de primera instancia.

Tercero. La herencia de Rafael Rodríguez y Mercedes Silva debe a los demandantes Hévila Rodríguez viuda de Ortiz y Juan B. Ortiz R., la suma de setenta y dos mil novecientos cuatro pesos ($ 72,904) oro, que pagará dentro de los seis días después de ejecutoriado el auto del Juez, ordenando cumplir este proveído.

Cuarto. La señora Hévila Rodríguez viuda de Ortiz pagará a dicha herencia la suma de setenta y dos mil novecientos cuatro pesos ($ 72,904) oro, por frutos, dentro del término arriba expresado.

Quinto. No están probadas las excepciones alegadas.

Sexto. Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

Dentro del término legal solicita el doctor Camilo Bernal se aclare la sentencia proferida por la Corte el día catorce de noviembre de mil novecientos treinta y dos, en el sentido de determinar que la suma a que fue condenada la señora Hévila Rodríguez de Ortiz, por concepto de frutos, sólo se refiere a los que dicha señora percibió hasta el día nueve de septiembre de mil novecientos veintidós, fecha en que se confirmó la sentencia proferida por el Tribunal de Pasto, que la condenó a esas prestaciones.

En la demanda de reconvención se pidió se le condenara al pago de esos frutos "en los términos que indica la sentencia de doce de febrero de mil novecientos diez y ocho," sentencia que no se infirmó por la de nueve de septiembre de mil novecientos veintidós. Eso fue lo pedido, y a eso se limitó el fallo de la Corte, del cual se pide aclaración, y como verdaderamente sí puede dar lugar a duda, se aclara en el sentido de que la suma de setenta y dos mil novecientos cuatro pesos ($ 72,904) a que fue condenada la señora Rodríguez de Ortiz, sólo se refiere a los frutos percibidos hasta el nueve (9) de septiembre de mil novecientos veintidós (1922).

Así se hace, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley (artículo 432, Ley 105 de 1931).

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial**.

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper,** Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de junio último.

En Bogotá, a dos de julio de mil novecientos treinta y cuatro, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de junio último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	96
Entrados en el mes	40
Total	136

Estos negocios se hallan:

Devueltos a los Tribunales	37
En comisión	5
Archivados	1
Con proyecto	3
Al estudio	4
En actuación	81
En poder del Procurador	5
Total	136
De este total se deducen 37 devueltos a los Tribunales y uno archivado	38
Quedan pendientes	98

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 11 sentencias y 17 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo, los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 9; el doctor González Torres, 12, y el doctor Trujillo Arroyo, 7.

Se ordenó reclamar al Juez del Circuito de Apía el despacho librado en la revisión de Angel Ríos M.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, **M. Galvis R.**

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de julio de 1934.

En Bogotá, a 1º de agosto de 1934, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de julio último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	98
Entrados en el mes	32
Total	130

Estos negocios se hallan:

Devueltos a los Tribunales	27
En comisión	8
Archivados	4
Con proyecto	2
Al estudio	3
En poder del Procurador	1
En actuación	85
Total	130
De este total se deducen 27 devueltos a los Tribunales y 4 archivados	31
Quedan pendientes	99

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 18 sentencias y 21 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 16; el doctor González Torres, 10; el doctor Trujillo Arroyo, 13.

Se dispuso reclamar del señor Ministro de Relaciones Exteriores contestación al oficio número 55, de 11 del pasado julio, en que se solicitaron unas certificaciones referentes al sumario contra el doctor Julio H. Palacio; y del señor Juez del Circuito de Apía, la devolución del despacho número 14, referente a la revisión de Angel Ríos.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, **M. Galvis R.**

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de agosto de 1934.

En Bogotá, a 1º de septiembre de 1934, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de agosto último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	99
Entrados en el mes	23
Total	122

Estos negocios se hallan:

Devueltos a los Tribunales	34
En comisión	11
Archivados	4
Con proyecto	1
Al estudio	3
En poder del Procurador	5
En actuación	64
Total	122
De este total se deducen 34 devueltos a los Tribunales y 4 archivados	38
Quedan pendientes	84

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 11 sentencias y 21 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo, los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González

Gooding, 7; el doctor González Torres, 9; el doctor Trujillo Arroyo, 12.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el Despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, **M. Galvis R.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, seis de agosto de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

A cuatro meses de prisión fue condenado José Vicente Bernal como responsable de homicidio voluntario en la persona de Antonio M. Arango (alias **Poco a poco**), en sentencia proferida por el Juzgado 2º Superior de Medellín el diez y seis de julio de mil novecientos treinta y uno, previa calificación de la delincuencia en grado ínfimo, y considerando aplicable al caso el artículo 605 del Código Penal.

En consulta pasó el expediente al Tribunal Superior, quien, con el voto disidente de uno de los miembros, revocó el fallo de primera instancia, y dando aplicación al artículo 600 del Código Penal, sin variar el grado de la delincuencia, sentenció al procesado a la pena de seis años de presidio y sus correspondientes accesorias.

Contra el fallo de segunda instancia, que es de fecha diez de febrero del año en curso, introdujo el procesado, oportunamente, recurso de casación, invocando las causales primera y cuarta, Ley 118 de 1931, en escrito meramente enunciativo, que habría dejado desierto el recurso, si no fuera porque el señor Procurador, inspirado en un alto espíritu, lo fundó debidamente al emitir concepto, en forma que permite el estudio de fondo.

Después de narrar los hechos, el señor Procurador sustenta la casación así:

"Son estos los hechos claramente demostrados en el proceso, y que sirvieron de base al Juez 2º Superior de Medellín para pronunciar el auto de vocación a juicio contra el sindicado Bernal, por homicidio simplemente voluntario.

. . . . . .

"Preguntado luégo el Jurado constituído para el efecto, si 'José Vicente Bernal es responsable de haber herido, voluntariamente y con arma cortante y punzante, a Antonio Arango (alias **Poco a poco**), en Medellín, el veintisiete de mayo de mil novecientos treinta, habiendo fallecido Arango en esta ciudad al día siguiente, por consecuencia de una de las heridas que recibió,' esta entidad contestó de la siguiente manera:

'**Sí.** En un acto primo, embargado el actor por una emoción violenta al presenciar ofensas graves a una mujer con quien hacía vida marital.'

"Detalle importante que se debe tener en cuenta para fijar el valor de este veredicto, especialmente en lo que dice relación a la emoción violenta que embargó o pudo embargar el ánimo del acusado, es aquel de que entre los miembros del Jurado actuó el doctor José Vicente González, eminente psiquiatra, cuyos conceptos científicos son solicitados frecuentemente por las autoridades de Medellín. Es porque este especialista hubo de fijar su atención en la perturbación psíquica que debió producirle a Bernal el acto de las ofensas graves causadas a su querida, y al declarar la responsabilidad de Bernal tuvo intención, secundada por los demás miembros del Jurado, de sacar esa responsabilidad del caso común del homicidio simplemente voluntario cometido en un acto primo, para atenuarla con la agregación modificativa que él mismo escribió de su puño y letra, como se observa al comparar la firma con el texto del veredicto.

"No es que yo vaya a compartir la tesis del Fiscal del Juzgado 2º Superior, acogida por el Juez de instancia para condenar a Bernal a la pena de cuatro meses de prisión, con aplicación del artículo 605 del estatuto penal. Esa tesis es muy forzada, porque ella se funda en que Bernal acompañaba a la Londoño en el acto de recibir ésta los golpes y Bernal causarle las heridas al agresor. Para situar un homicidio en este caso y por este concepto, es necesario entender que la disposición se refiere al homicidio que causa una persona que acompaña a otra en el acto en que ésta es atacada, y no tiene otro amparo que el que pueda prestarle su acompañante. Y en estas circunstancias no se hallaron los actores del drama sangriento que ahora se registra.

"Pero tampoco puedo aceptar la tesis del Tribunal, porque ella me parece exagerada y contraria a la intención que el Jurado tuvo al dictar su veredicto, declarando una responsabilidad especialmente atenuada.

"En efecto: si el Jurado hubiera querido declarar la responsabilidad de Bernal por un homicidio voluntario, puro y simple, le habría bastado un **sí** rotundo, dada la forma de la pregunta que se le hizo. Igual cosa hubiera sucedido con la simple agregación de 'en un acto primo,' porque de esta manera lo habría colocado en el caso de la circunstancia 6ª del artículo 587. Pero si no se contentó con esto, sino que, por el contrario, fue explícito, hasta hacer resaltar una característica especial como la de haber obrado el actor **embargado por una emoción violenta al presenciar ofensas graves a una mujer con quien hacía vida marital,** es evidente que su intención quedó claramente determinada en la de sacar el caso de la comprensión del homicidio voluntario cometido en un acto primo, o, lo que es lo mismo, en el arrebato súbito de una pasión.

"Si esto es así, porque ello es lo que mejor conviene a la interpretación fiel que debe dársele al veredicto, precisa entonces buscar la disposición en donde pueda acomodarse la responsabilidad declarada en aquella forma.

"Estar embargado por una emoción violenta al tiempo de cometer una acción es, en correcto principio de psiquiatría, ir al cumplimiento de la acción forzado, impelido por una emoción que causó violencia irresistible en la constitución psíquica de la persona y la privó de su libertad moral para examinar con normal discernimiento las condiciones buenas o malas del acto y prever sus consecuencias. Desde este punto de vista, y en buena ciencia psiquiátrica, el actor sería irresponsable, y conforme a nuestro Código Penal (artículo 29, numeral 2º), vendría a ser excusable. En cualquier caso de éstos el veredicto sería evidentemente contradictorio, y estaría justificada la causal 6ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, puesto que no podría ser el acusado responsable o irresponsable al mismo tiempo, ni responsable y excusable; porque el concepto de responsabililad, obligación perentoria de reparar o satisfacer, excluye toda excusa.

"Pienso, pues, que el Jurado quiso llevar el caso al de

la circunstancia 1ª del artículo 587, cuando explicó la cuestión de haberse hallado el actor embargado por una emoción violenta, agregando: 'al presenciar ofensas graves a una mujer con quien hacía vida marital.'

"Esta última parte del veredicto explica perfectamente la situación jurídica en el caso de aquella circunstancia, porque allí se comprende precisamente el caso del homicidio que se comete por una ofensa grave que inmediatamente antes se le hace a una persona a quien acompañe al homicida. Aquí la expresión 'persona a quien se acompañe,' que usa la disposición a que me refiero, acomoda bien a aquella otra del veredicto: 'mujer con quien hacía vida marital,' o, lo que es lo mismo, compañera del homicida.

"Si de esta manera se interpreta el veredicto, resulta que, dada la intención que el Jurado tuvo de atenuar la responsabilidad en el caso de homicidio voluntario de los que comprende el artículo 587, para que la sentencia no quede en desacuerdo con el veredicto del Jurado, es preciso apreciar ese caso como menos grave entre los que se refiere el inciso 2º del artículo 602, para sancionarlo con la pena que esta disposición señala. Así considero que se ajusta el fallo al veredicto y se atempera la sanción a la cuantía de la responsabilidad declarada, y que, de acuerdo con las circunstancias especiales concurrentes, corresponde.

"Es que no se puede perder de vista la influencia que en el ánimo del Jurado debió ejercer aquella circunstancia del vínculo de amor que había entre el matador y la mujer por quien mató. Si es verdad que las leyes no cohonestan las relaciones que entre sí establecen un hombre y una mujer por el solo acuerdo de sus voluntades y sin fórmula ninguna que legitime el vínculo, no por eso éste es más débil y menos obligante en la realidad de la vida, que aquel que fue legalizado eclesiástica o civilmente. Para aquellos que se unieron por sí y ante sí las emociones no tienen porqué ser menos intensas. También sus corazones palpitan con una fuerza igual a la con que palpitan los legítimamente casados, al estímulo del sentimiento ennoblecido por la consideración de la bondad que estrecha el vínculo y obliga a protegerse mutuamente.

"Hay que humanizar el derecho y aplicarlo en armonía con la realidad de la vida, porque sólo así se puede hacer justicia. Y si a un hombre que mató cuando a su mujer legítima otro la irrespetaba y le daba golpes, los Jueces lo absolverían, no hay razón para que a quien mata cuando otro irrespeta y le da golpes a la mujer a quien ama, que es madre de un hijo suyo y con quien comparte su vida, por el solo hecho de no estar legitimada esa unión no se le conceda siquiera la atenuación de su responsabilidad y el derecho de que se le coloque dentro de la escala penal en un grado menor que aquel que mata voluntariamente en un acto primo, estimulado por otra causa.

"Las razones que dejo expuestas me dan fundamento para conceptuar así: o el veredicto del Jurado es contradictorio, y en este caso está justificada la causal 6ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y en este caso está justificada la causal 4ª, y por consiguiente, justificada también la de ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación del artículo 600 del Libro de las sanciones."

Transcritos así los argumentos del señor Procurador, para resolver, se considera:

Dan cuenta los autos de que en las primeras horas de la noche del veintisiete de mayo de mil novecientos treinta, hallándose María Dolores Londoño en la puerta del Hotel Panamá, ubicado en la Calle de San Juan, de la ciudad de Medellín, casa en la que prestaba sus servicios como doméstica, se le acercó Antonio M. Arango, por lo cual ella le ordenó se retirara de allí. Y como el aludido replicara insultándola fuertemente, la mujer lo abofeteó, trabándose en seguida una lucha en que Arango, asiendo de los cabellos a la Londoño, le dio golpes con la mano hasta hacerle derramar sangre por boca y narices. José Vicente Bernal, concubino de dicha mujer, quien a una distancia de nueve varas se hallaba sentado en una silla recostada a la puerta de una barbería vecina, presuroso terció en la lucha, agarrando a Arango, y recostándolo contra la pared, con un instrumento cortante y punzante y de frente, le abrió dos heridas, tan rápidamente que los testigos no alcanzaron a verle el arma empleada. El herido huyó y el herido murió al día siguiente.

Tales son, en síntesis, los hechos sobre los cuales versa el proceso, y los que dieron lugar al veredicto afirmativo de la responsabilidad en los siguientes términos:

"Sí. En un acto primo, embargado el actor por una emoción violenta al presenciar ofensas graves a una mujer con quien hacía vida marital."

Las alegaciones y argumentos del señor Procurador, según quedan transcritas, se refieren al veredicto y su alcance, comprendiendo dos peticiones: la de que se le declare evidentemente contradictorio en sus términos, como principal, o la de que se estime que el fallo recurrido se profirió en desacuerdo con la decisión de los Jueces de hecho, con carácter de subsidiaria.

En el veredicto, después de afirmar la responsabilidad, dice el Jurado que el actor procedió en un acto primo, embargado por una emoción violenta al presenciar ofensar graves a una mujer con quien hacía vida marital; y comoquiera que todo delito supone una emoción más o menos intensa, que altera el ánimo de quien lo ejecuta, es indudable que aun tratándose de una emoción violenta, como la que para el caso declara el veredicto, no viene a faltar en el hecho punible la fuerza moral subjetiva, o sea el conocimiento y la voluntad libre en el agente.

Esto demuestra que no hay contradicción en los términos de que se valió el Jurado para declarar la responsabilidad, conclusión que se refuerza al tener en cuenta —como lo anota el señor Procurador—las luces del especialista a quien correspondió actuar como Juez de hecho, pues sólo negando la claridad de su criterio podría afirmarse que el veredicto obtenido con su colaboración fuera incongruente o contradictorio.

Cierto es que el procesado no obró con ánimo frío, sino bajo el influjo de su temperamento pasional y con la emoción violenta producida por las ofensas graves a su amante, pero esto no significa que el caso, según el veredicto, se halle previsto por el ordinal 1º, artículo 587, tesis sostenida por el señor Procurador como subsidiaria, sin advertir la clara contradicción que aparece en su vista.

Al referirse a la aplicación que diera el Juez Superior al artículo 605 del estatuto penal, la considera muy for-

zada porque ella se funda en que Bernal **acompañaba** a la Londoño en el acto de recibir ésta los golpes y Bernal causarle las heridas al agresor, siendo así que, en su sentir, para situar un homicidio en este caso y por ese concepto, es necesario entender que la disposición se refiere al homicidio que causa una persona que acompaña a otra en el acto en que ésta es atacada y no tiene otro amparo que el que pueda prestarle su **acompañante,** encontrando el señor Procurador que en estas circunstancias no se hallaron los actores del drama sangriento que ahora se registra. Pero luégo, al sustentar la tesis subsidiaria, estima que la última parte del veredicto explica perfectamente la situación jurídica en el caso de aquella circunstancia (la 1ª del artículo 587), porque allí se comprende precisamente—dice—el caso del homicidio que se comete por una ofensa grave que inmediatamente antes se le hace a una persona a quien **acompañe** al homicida, agregando que la expresión "persona a quien se acompañe" que usa la aludida disposición, acomoda bien a aquella otra del veredicto: "mujer con quien hacía vida marital," o, lo que es lo mismo, compañera del homicida.

No advirtió, pues, el señor Procurador que si viene a ser muy forzada la aplicación del artículo 605, por las razones que él expresa, y principalmente porque no puede sostenerse que Bernal acompañara a la Londoño, igual consideración hay para encontrar del mismo modo forzada la aplicación del ordinal 1º, artículo 587, desde luégo que para ello sería precisa la existencia de aquella circunstancia de hecho, esto es, que Bernal acompañase a la Londoño.

Y como en realidad es bastante sutil eso de que Bernal acompañara a la Londoño para los efectos de aplicar bien el artículo 605 o el ordinal 1º citado, por la sola consideración de que entre ellos hubiese relaciones de concubinato, es preciso reconocer que el caso está definido mejor por el ordinal 6º del artículo 587, es decir, cuando el homicidio se comete por causa de un acto primo, circunstancia que declara el veredicto.

Por manera que no permitiendo ese caso 6º la atenuación discrecional a que se refiere el segundo inciso del artículo 602, no hay lugar a hacerla en el que contempla el presente proceso.

No quiere ello decir que la Corte desatienda, o que el Tribunal haya desatendido consideraciones como las que el señor Procurador hace al final de su vista, sobre la influencia de sentimientos y emociones derivados del amor, que pueden ser igualmente intensos, trátese de relaciones lícitas o ilícitas, y también acerca de la necesidad de humanizar el derecho para aplicarlo en armonía con la realidad, pues precisamente por esa causa se encuentra bien la calificación de la delincuencia en grado ínfimo, a pesar de que si no fuera por los términos explícitos del veredicto, habría lugar a calificar la delincuencia en segundo grado, en atención a los antecedentes de Bernal, como hombre de mal carácter, indisciplinado e irrespetuoso con sus superiores en el Cuerpo de Guardias de Antioquia, a cuyo servicio estuvo en otro tiempo, y como lo demuestran también las varias conminaciones que, para guardar la paz, le fueron hechas por las autoridades policivas de Medellín, inclusive para evitar los maltratos habidos en sus relaciones de concubinato con la Londoño, lo que, unido a la forma en que intervino con ventaja manifiesta de su parte al atacar al occiso, y a la circunstancia de herirlo por dos veces, indicativa de crueldad, daría lugar a aquella calificación.

De suerte, pues, que por este aspecto ha recibido ya la responsabilidad la atenuación que realmente le corresponde.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, materia del presente recurso.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto diez y seis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Juan Cancio Silva por el delito de fuerza y violencia en la persona de la menor impúber María Balbanera Vargas, le propuso el señor Juez del conocimiento, 1º Superior del Distrito Judicial de Medellín, la siguiente cuestión:

"¿El acusado Juan Cancio Silva es responsable de haber abusado deshonestamente de la menor impúber María Balbanera Vargas, hecho ocurrido en el paraje de **Nurquí,** del Corregimiento de Guasabra, jurisdicción del Municipio de Antioquia, el día diez y nueve de enero del año próximo pasado?"

El Jurado contestó de manera sencillamente afirmativa.

Sobre este veredicto, el Juzgado dictó su sentencia de fecha primero de octubre del año pasado, por medio de la cual, con aplicación del artículo 683 del Código Penal, previa calificación de la delincuencia en el menor grado, condenó al encausado a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias legales correspondientes.

Apelada esta sentencia para ante el Tribunal Superior, éste, en providencia de diez y nueve de diciembre del mismo año, la confirmó en todas sus partes. Y se entiende claramente que la providencia es del propio año de mil novecientos treinta y uno, a pesar, como es obvio, de la equivocación en que se incurrió allí, poniendo **treinta** y **dos,** donde, indudablemente, debe ser **treinta** y **uno.**

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el defensor del sentenciado, recurso que le fue concedido y enviado, consecuencialmente, el proceso a la Corte para efectos de resolverlo.

A esto se procede en seguida, agotada como se halla en este Despacho la tramitación legal correspondiente.

El defensor del sentenciado, que fue quien interpuso el recurso, invoca la causal tercera del artículo 3º, Ley 118 de 1931, o sea ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto ha habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. Al respecto manifiesta, en la alegación dirigida a esta Sala, que el cuerpo del delito de fuerza y violencia por que se condenó a su defendido Juan Cancio Silva, no se halla establecido en autos con la plenitud que exige la ley, en primer lugar, porque el

examen que se hizo de la impúber ofendida, no fue prolijo, ya que no se pudo deducir inequívocamente, por no haberse encontrado las señales del caso, que el desfloramiento hubiera sido el resultado de "un coito perineal"; en segundo lugar, porque la ley exige la intervención de facultativos o peritos, y en el caso en referencia no intervino sino un facultativo, y en tercer lugar, porque con los testigos del informativo tampoco se ha establecido la existencia del cuerpo del delito de que se trata. Alrededor de estos puntos hace el recurrente algunas consideraciones, todas tendientes a demostrar la causal invocada.

Por su parte, el señor Procurador, acogiendo los fundamentos de la casación, los amplía y sustenta, a su vez, en una extensa vista, en la cual concluye pidiendo que debe infirmarse el fallo recurrido, por considerar justificada la causal, consistente en ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse incurrido en error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. Al efecto, empieza su exposición así:

"Es, ciertamente estimulador de una emoción instintiva que alza el brazo para castigar, el caso de que un hombre casado, de cincuenta y un años de edad, en una excitación violenta de su libido, llegue a sorprender el candor de una niña menor de siete años, y con engaños la lleve a un lugar en donde, al amparo de la soledad campesina, pueda abusar de ella deshonestamente y consumar el acto brutal de la desfloración.

"Y más cruelmente se presenta esta emoción al considerar que esa niña es la hermana política de aquel hombre a quien, ni el vínculo afín, ni el respeto a su mujer, ni la consideración del honor de la familia, pudieron contener la actividad a que lo impulsaba su instinto incontrolado para la consumación de un acoplamiento perverso.

"Empero, el pensamiento de quien va a juzgar ese hecho criminoso y punible, no puede detenerse ante las graves consideraciones de orden moral que le sugiere aquella emoción, sino que es necesario examinar fría y serenamente el caso ante el derecho positivo, para ver si aparecen comprobados los elementos que la ley exige en orden al trámite del hecho material consumado a la categoría de entidad delictiva.

"Me refiero concretamente al caso de Juan Cancio Silva, quien fue juzgado por el señor Juez 1º Superior de Medellín y por el honorable Tribunal de allí, y condenado a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de fuerza y violencia en la persona de la niña María Balbanera Vargas.

"Aparece del informativo que el día diez y nueve de enero de mil novecientos treinta, por la tarde, salía Silva de una sementera enclavada en terrenos de su propiedad, en el paraje **Nurquí**, Corregimiento de Guasabra, de la comprensión distrital de Antioquia. Tras él venía llorando la niña María Balbanera Vargas, y como los dos se encontraron con la señorita Ana Solina Silva, Juan Cancio se anticipó a decirle a ésta que la niña se había caído y se había aporreado. Y agrega la señorita Silva que Juan Cancio demostraba susto y se hallaba tembloroso, y que al preguntarle ella a la niña Vargas qué le había sucedido, recibió por respuesta esta acusación: 'mi cuñado Cancio tiene la culpa, y debe ser matado.'

"Dice además la señorita Silva, que al notar ella que a la niña le corría sangre por las piernas, le exigió que se alzara la ropa, y entonces pudo observar que esa sangre se derramaba de las partes genitales.

"Y en la declaración de la niña Vargas se dice que ese día, estando ella en casa de su cuñado Juan Cancio, en el paraje ya mencionado, él la invitó a salir a la sementera, con el fin de recoger rosquiles y vainas de fríjol para que le llevara a su señora madre; que estando en esta tarea, ya en la sementera, Juan Cancio la cogió y la acostó al pie de una mata de plátano, donde se le echó encima, y con el miembro viril le causó la desfloración de manera violenta. Se detalla el incidente con palabras vulgares, que dan a entender todo el desarrollo y significado de la escena; y se cuenta que cuando ella lloraba por causa del dolor que le producía la violencia con que Juan Cancio ejecutaba el acto, le decía consolador y promitente: **'no llorés, Balbanera, si acaso tele morís, yo tele compro un camisón muy bonito para que tele lleven al cementerio a enterrar.'**

"Por comisión conferida al señor Alcalde de la ciudad de Antioquia, éste recogió el dictamen rendido por el doctor Guillermo Isaza Martínez y por el Agente de Policía Roberto Sepúlveda, relacionado con el examen practicado en la persona de la niña Vargas, cuatro días después del en que fue ejecutado el acto de que da cuenta el informativo. La parte sustancial de ese dictamen es del siguiente tenor:

'En esta fecha reconocimos a la menor María Balbanera Vargas, y hallamos que tiene edematizadas las partes genitales, notándose en éstas huellas de sangre; y hallamos, además, que tiene totalmente perdida la membrana himen, en cuya virtud, conceptuamos que ha sido violada recientemente, hace ocho días, más o menos, y que, por tanto, se cometió el delito de estupro, con violación, dada la corta edad de la ofendida, que no excede de siete años.'

"Con estos elementos que se dejan anotados, se llegó al enjuiciamiento de Silva, proferido por el Tribunal, pues el Juez no halló mérito para dictar auto de vocación a juicio. Y más tarde, en el término legal, la defensa hizo venir al plenario las siguientes exposiciones de los peritos:

El doctor Isaza Martínez dijo:

'Es cierto que en medicina legal se registran casos de desgarraduras del himen por caídas, esfuerzos, etc., sin que haya ocurrido contacto con el varón. No conozco casos en que por secreciones y desaseo de las partes genitales, se presente desgarradura del himen. El onanismo es otra de las causas de desgarraduras del himen, y este es un caso frecuente; es verdad que no se asegura que las desgarraduras del himen de la menor Vargas hayan sido motivadas por coito perineal, pues no se encontraron las huellas de semen, sangre, que son indicativas de todo acto de violación y estupro. Es verdad que no reconocí las ropas de la ofendida Vargas, ni las que llevaba el sindicado Juan C. Silva, puesto que este reconocimiento se hizo varios días después del acontecimiento.'

"Y el titulado perito Roberto Sepúlveda expuso:

'Como Agente de Policía que era yo en la época a que se refiere este asunto, me tocó, por orden del señor Alcalde, llevar a la Droguería Occidental del doctor Guillermo Isaza Martínez, a la menor o a la sindicada (sic) Balbanera Vargas, para que fuera examinada en sus partes genitales, cuando se decía que había sido desflorada; el doctor Isaza Martínez entró a la niña al inte-

rior de su establecimiento, la examinó, escribió un certificado que yo llevé al señor Alcalde, y luégo este empleado me exigió que firmara la diligencia de reconocimiento, sin que, efectivamente, yo hubiera hecho tal reconocimiento. Por lo dicho podrá deducirse fácilmente que yo no tengo ningún fundamento para afirmar que la niña aludida estaba desflorada, pues no la examiné. Tampoco se examinó al sindicado Juan Cancio Silva.'"

En seguida hace el señor Procurador unas cuantas apreciaciones sobre la importancia de la causal invocada por el recurrente, y establecida por la Ley 118 del año próximo pasado, sobre lo que debe entenderse, según su parecer, por cuerpo del delito, y sobre la manera de demostrarse éste, entrando luégo a examinar en concreto los elementos probatorios existentes en el informativo en relación con la objetividad del hecho criminoso por que se condenó al acusado, para concluír, al cabo, con que la prueba de esa objetividad no resulta completa, y hubo error en su apreciación.

Al efecto, dice, refiriéndose al dictamen pericial, que como en él no intervino estrictamente sino un solo facultativo, el dictamen es deficiente por ese aspecto, y luégo agrega:

"Dicho está que el examen de los facultativos o peritos ha de ir hasta dar la demostración de los siguientes elementos:

"1º La existencia de lesiones o quebrantos materiales, de los cuales resulte la presunción de que se cometió un delito.

"2º La concurrencia de circunstancias que establezcan que esas lesiones o quebrantos son el producto de una acción humana prohibida por la ley.

"El dictamen del facultativo Isaza Martínez viene desprovisto en absoluto del detalle de las circunstancias por él observadas al hacer el examen, y que sirvan para dar fundamento cierto a la deducción de que se cometió un estupro. Se refirió en un principio a que en sus observaciones encontró edematizadas las partes genitales y perdida la membrana himen de la niña Vargas, y con fundamento en estas circunstancias, conceptuó que fue violada recientemente.

"Hasta aquí el dictamen nada ha dicho en relación con el delito. De que las partes genitales estuvieran edematizadas y perdida la membrana himen, cualquiera puede opinar que aquello se produjo por causa de una violencia. ¿Pero fue esa violencia ejecutada por un hombre? Eso es lo que el dictamen no dice; ni trae ningún elemento que pueda dar la certeza de que un hombre fue quien ejerció en la persona de la niña esa violencia. Por consiguiente, el dictamen apenas ha probado la existencia del producto material de una violencia, pero no que se haya consumado el estupro que la ley ha erigido en delito.

"Y se relieva este concepto, si se considera que existen otras causas productoras del desgarramiento del himen, que el mismo doctor Isaza Martínez conoce en medicina legal, tales como una caída, un esfuerzo inmoderado, etc. Precisamente, porque en un caso como el presente puede concurrir cualquiera de esas causas; para poder comprobar la existencia del delito se necesita que el dictamen demuestre ciertamente que la causa fue otra: la acción de un hombre."

Manifiesta igualmente el señor Procurador que la declaración de la testigo Ana Solina Silva tampoco demuestra la existencia del cuerpo del delito de que se trata, así por ser única, como por no haber visto siquiera que la niña estuviese desflorada, sino simplemente que derramaba sangre de las partes genitales. Lo propio expresa respecto de los indicios que resultan de la exposición que él considera tachable, por no revelar que fuera hecha por ella misma, sino acomodada por los funcionarios investigadores.

Conocidas como quedan la relación de hechos que informan este proceso, los elementos probatorios en que se sustenta y las apreciaciones, en general, que sobre tales elementos han expresado tanto el Procurador como el recurrente, compete a la Sala considerar el recurso en el fondo, para resolver lo que fuere legal, procedente y justo en relación con el caso planteado.

Es evidente que, conforme a principios de medicina legal, claramente establecidos por los tratadistas, las desgarraduras o rupturas de la membrana himen suelen tener lugar muchas veces, no precisamente por contacto directo con el varón, sino por otros medios, tales como caídas, golpes, esfuerzos de determinado género, como los provenientes del onanismo o masturbación, etc. En la mayor parte de los casos que se presentan en esta materia, la medicina legal aclara y puntualiza en lo general las causas que han producido el desgarramiento del himen, a no ser que éste se presente en condiciones de tal naturaleza que, patentizado simplemente el hecho del desgarramiento, sea menester y aun absolutamente indispensable echar mano de otros elementos sacados de un informativo en un determinado caso, a fin de ayudar a la técnica pericial o de mero reconocimiento, si se quiere, en la comprobación de un hecho delictuoso o que se presume como tál. Y así tiene de ser no pocas veces, porque es indudable que la ciencia médico-legal no puede siempre establecer por su voluntad exclusiva todas las circunstancias materiales u objetivas en que ha tenido lugar la realización de determinado hecho. Es entonces cuando viene el derecho probatorio a servir de auxiliar a aquélla para complementar el mismo hecho cuya existencia se trata de establecer en su plenitud. Por eso el artículo 157 de la Ley 40 de 1907 dice con acierto:

"El cuerpo del delito se comprueba con el prolijo examen que se haga por facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del mismo hecho, o con indicios necesarios o vehementes, que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración."

Pero es obvio y clarísimo que lo dispuesto en este artículo no se ha de tomar en el sentido de que lo expresado en cada una de sus partes o miembros separados por las disyuntivas o, es completamente separado y exclusivo, de manera que la comprobación del cuerpo del delito sólo haya de hacerse por uno solo de los sistemas allí indicados, sin que éstos puedan apoyarse y entrelazarse mutuamente para efectos de tal comprobación. Porque es de todo punto incontrovertible, conforme a principios sólidamente establecidos en el derecho probatorio, que la existencia del cuerpo del delito se acredita no sólo por dictamen o dictámenes periciales, o declaraciones de testigos (en ciertos casos), o indicios de vehemencia indefectible, sino también por unos y otros elementos de prueba, cuando así se presentan las circunstancias mismas del hecho a través de las constancias del informativo o expediente.

Empero, esto es lo que parece haberse querido desco-

nocer en el presente caso: porque el señor Procurador, al examinar los elementos de prueba que surgen de este proceso, estudia el dictamen pericial y lo encuentra deficiente, ya por ser de un mero facultativo, ya por no ser en sí mismo lo bastante claro, explícito y rotundo sobre las causas de la desfloración; estudia la declaración de la testigo Ana Solina Silva y la encuentra también insuficiente, ora por ser única, ora por no dar cuenta sino de la existencia de un elemento material, como es el derramamiento de sangre de las partes genitales de la menor Vargas, que ni siquiera demuestra, dice, la desfloración, y examina, por último, los indicios provenientes de la declaración de la menor y de la misma testigo mencionada, para concluír deduciendo que por no tener la calidad de necesarios, no tienen valor legal para concurrir a demostrar la existencia del cuerpo del delito.

Pero no se cuida de relacionar estrictamente, jurídicamente, legalmente, los elementos en cuestión, para sacar la conclusión que impone la lógica del derecho probatorio. Y esto es lo que ha debido hacerse.

Porque, en efecto, tómese el concepto del facultativo doctor Isaza Martínez, no como un dictamen completo, capaz por sí solo de acreditar el cuerpo del delito, de conformidad con la primera parte del artículo 157 de la Ley 40 de 1907, citada antes, sino simplemente como un reconocimiento que establece la ruptura del himen en la menor impúber María Balbanera Vargas, relaciónese dicho reconocimiento con los indicios provenientes de la declaración de la testigo Ana Solina Silva, indicios que se refieren a haber visto salir de una sementera al acusado y a su víctima en circunstancias de patente significación, tales como el azoramiento de aquél, su inquietud, su sobresalto, su zozobra, el llanto doloroso de la niña, el estar vertiendo sangre de la vulva, y que le chorreaba las piernas, todo lo cual lo vio y presenció directa y personalmente la testigo, cuya imparcialidad y absolutamente ninguna prevención resaltan con perfecta nitidez; añádanse los elementos probatorios del reconocimiento y los indicios enumerados, los que se desprenden de la propia exposición de la menor, cuya edad y sencillez están diciendo que ella no ha podido urdir en manera alguna un relato para el cual carecía de la capacidad mental y de la imaginación requerida, y respóndase serenamente, sin ofuscación de ninguna clase, si una prueba de indicios de tal clase no satisface desde un punto de vista legal, cualesquiera exigencias.

Y no se diga que la declaración de la menor, su exposición ingenua, es un surcido de cosas que no ha podido ella decir, sino que la vanidad del funcionario instructor quiso poner en sus labios, porque para hacer una insinuación de esta índole se necesita tener alguna prueba, ya que no se puede desvirtuar las que existen en los autos legalmente recibidas, sino con elementos que de buena fe legalmente las destruyan, comoquiera que esta buena fe es la que debe presumirse en toda diligencia judicial, cualquiera que ella sea, mientras no aparezca claramente o no se demuestre lo contrario.

Tampoco se diga que existe la posibilidad, a pesar de los indicios enunciados, que demuestran el cuerpo vivo del delito de fuerza y violencia en la persona de la menor impúber Vargas por acto deliberado, aunque pertinazmente negado, del acusado Juan Cancio Silva; no se diga que hay la posibilidad de que el hecho del desgarramiento del himen haya tenido su realización por otra causa, porque en el terreno de las simples posibilidades abstractas todo puede ser afirmable, aun los mayores absurdos. Es menester, para formular una afirmación de tal género, que se demuestre la posibilidad en concreto, y más precisamente aún, es menester, en el caso de que se trata, que aparezca cuál fue esa posibilidad, cuál el hecho determinante de ella, cuál la circunstancia concreta y definida en que se encontró la menor para que la ruptura de su himen hubiera podido tener efecto por ese medio. Mientras ello no sea así, no es lógico, no es jurídico, no es legal, no es en modo alguno procedente, decir en abstracto que existe la posibilidad de que el desfloramiento pudo tener lugar por otro medio distinto del de la fuerza y violencia del acusado. Y es lo cierto que en el expediente no hay un leve rastro siquiera, ni aun la huella más insignificante de que por otro medio diferente del que constituye el hecho criminoso por que se condenó al acusado, háyase efectuado tal desfloración.

Tampoco se diga que los indicios en referencia carecen de la condición de necesarios que cree el señor Procurador, porque es harto bien sabido que son pocos, poquísimos los indicios de tal clase que se encuentran en los procesos judiciales. Autores muy respetables sostienen hasta la inexistencia estricta de tales indicios. Basta que sean vehementes, conforme al artículo citado de nuestro derecho positivo. Y que los de que aquí se trata son vehementes, es cosa que no puede remitirse a duda. Porque ¿qué mayor vehemencia indiciaria, es decir, qué mayor fuerza, intensidad y eficacia demostrativa puede haber (ya que esto es lo que gramatical y jurídicamente significa la palabra vehemente), que aparezca una menor impúber con la membrana himen totalmente perdida, con huellas de sangre, con las partes genitales edematizadas, y que el sujeto a quien se imputa el hecho se vea salir con la menor, días antes, de una sementera, en lugar solitario y despoblado, en circunstancias de susto, palidez y temblor personal inmediato, de tal naturaleza, que claramente son reveladores de que acaba de cometer una acción ilícita, cuando a esto se junta el hecho de oír, momentos antes, una testigo desprevenida e imparcial, gritos como de una niña por dentro de unas matas de plátano, y ver salir la misma testigo, a pocos instantes, del propio lugar, a un hombre complemente demudado, como se ha dicho, y a una niña, la menor Vargas, llorando y chorreando sangre de las piernas, y darse cuenta tal testigo de que la sangre procedía de la vulva de la impúber, y que ésta le decía que su cuñado Juan Cancio tenía la culpa de que estuviese así y debía ser matado? ¿Qué mayor vigor, suficiencia y conexión puede haber en tales hechos indicios, si a ellos se añaden los complementarios de la misma índole y en relación estrechísima, que proviene de la exposición de la menor? Francamente, si en un caso como éste, no sirven para demostrar la existencia del cuerpo del delito, elementos probatorios tan fuertes, no se ve cuándo puedan ponerse ellos al servicio de la justicia, máxime cuando no hay un posible hecho concreto, se vuelve a repetir, a través de todo el informativo, que indique que el hecho pudo suceder de otra manera.

Lo anterior es bastante para concluír que carecen de fundamento y fuerza legal y jurídica los razonamientos, tanto del señor Procurador como del recurrente, encaminados a desvirtuar la prueba del cuerpo del delito que aquí se contempla, y que, por lo tanto, la sentencia recurrida conserva toda su solidez y debe mantenerse firme.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en

lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y ocho de agosto de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Con fecha veintidós de junio del presente año, esta Sala de la Corte casó parcialmente el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, de fecha trece de octubre último, en el cual se condenó a Flaviano González, calificada su responsabilidad en segundo grado, y dando aplicación al artículo 646 del Código Penal, por el delito de heridas en la persona de Roque Porras, a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Se dijo, entre otras cosas, lo siguiente, en la mencionada sentencia de esta Sala:

"En verdad, el Tribunal no estudió detenidamente el concepto pericial, pues si lo hubiera hecho, su conclusión habría sido distinta. Tuvo en cuenta únicamente la incapacidad fija que padeció el ofendido para trabajar, y que los peritos señalan así:

'La incapacidad que tuvo para trabajar fue de sesenta y cuatro días, quedando incapacitado desde mañana para entregarse a sus ocupaciones.'

"El artículo 646 se refiere a los casos en que de la herida, golpe o maltrato, sólo queda al ofendido 'enfermedad o incapacidad para trabajar como antes, que pase de sesenta días,' sin ninguna otra consecuencia, y en este asunto exponen los peritos que al ofendido le quedó defectuoso el funcionamiento del ojo izquierdo, una notable depresión en el pómulo del mismo lado, la mandíbula inferior también defectuosa en sus movimientos, lo mismo que la 'acción de hablar'; queda, por consiguiente, agregan los peritos, 'con los defectos físicos de por vida anotados'; luego claramente se observa que el artículo 646 no puede ser el aplicable, y en tal virtud, la tacha que por este aspecto se presenta contra la sentencia del Tribunal, es fundada y debe prosperar.

"Mas antes de dictar la sentencia de instancia, y que ha de reemplazar la del Tribual, es conveniente dictar auto para mejor proveer, con el objeto de oír el autorizado concepto de los señores médicos de la Oficina Central de Bogotá, para establecer en la forma más acertada y técnica las verdaderas consecuencias que produjeron las heridas, su mayor o menor gravedad, su mayor o menor perjuicio, etc.; pues el dictamen que se ha estudiado en este fallo, y que se transcribó anteriormente, no es lo suficientemente claro y científico al presentar esas consecuencias y resultados permanentes que las lesiones dejaron en el ofendido.

"Se habla en ese reconocimiento, y a modo de conclusión, de haber quedado defectos físicos de por vida, después de haber anotado circunstancias que constituyen verdaderas deformidades, lo que entraña una cuestión distinta, porque no toda deformidad trae consigo defecto físico, ni viceversa.

"Además, nuestro Código Penal no se refiere directamente a las perturbaciones funcionales o defectos físicos para fijar la pena, sino al tiempo de incapacidad, a la enfermedad de por vida, a la pérdida de algunos de los órganos o miembros, a la notable deformidad física, gravemente perjudicial, y a la perpetua incapacidad física de trabajar como antes. Divide también las heridas en graves, leves y levísimas."

Toca hoy dictar, como resultado del fallo anterior, el correspondiente de instancia que deba reemplazar al pronunciado por el Tribunal.

En desarrollo del auto para mejor proveer, los señores Médicos de la Oficina Central de Medicina Legal, dijeron, entre otras cosas, lo siguiente:

"Ya que no ha sido posible tener un conocimiento **de visu** del caso en cuestión, por lo menos mediante una fotografía, conceptuamos, ateniéndonos a la solución más favorable, pero dentro de la apreciación puramente médicolegal, que la deformidad y los defectos funcionales que estudiámos en el dictamen de fecha veintisiete de julio, y que en parte se deben a la complicación infecciosa a que nos hemos referido, son de carácter leve, permanente e irreparable.

"Queda así formulado, sobre las bases que suministra el proceso, nuestro concepto sobre las heridas de Roque Porras."

En el dictamen a que ellos se refieren, o sea el rendido con fecha veintisiete de julio último, habían expuesto lo siguiente:

"Del estudio de este reconocimiento también se deduce claramente que a más de la deformidad que le ha quedado al ofendido por las cicatrices visibles ya señaladas —que alteran la normal proporción de las facciones—hay un defecto funcional, como lo es la pérdida de los movimientos de la articulación témporo-maxilar por anquilosis de las superficies articulares. Según el grado de esta anquilosis, las consecuencias para el herido tendrán mayor o menor gravedad, dependientes de la dificultad para la masticación de los alimentos, cuya insuficiente asimilación, por esa causa, ocasiona detrimento de la salud. Fuera de esto, la alteración que los peritos señalan en la emisión de la voz por el ofendido, a causa de la misma limitación del juego articular, caso de ser efectiva, debería calificarse también como un defecto funcional."

No se pudieron aceptar en su totalidad las conclusiones a que llegó el último dictamen pericial rendido en el informativo, por la falta de claridad y de técnica en sus apreciaciones, según lo que se vio anteriormente. Por su parte, los señores Médicos Legistas de la Oficina Central de Bogotá, desearon tener más completos datos, con el fin de dar un concepto sobre bases más firmes y seguras; mas como la ampliación solicitada por ellos, seguramente tropezaba con muchas dificultades, tuvieron que limitarse a los datos que suministra el proceso, del cual dedujeron, como ya se vio, que la deformidad y los defectos funcionales que le quedaron al herido, son de carácter leve, permanente e irreparable, y en tal virtud, la disposición aplicable es la contenida en el inciso 2º del artículo 645 del Código Penal, que señala una pena de tres a seis años de presidio, o sea la misma que tuvo en cuenta el Juez de primera instancia.

Tanto el Juez como el Tribunal calificaron en segundo grado la responsabilidad, teniendo únicamente en cuenta la sentencia pronunciada por el Juzgado 2º del Circuito del Socorro, de fecha primero de octubre de mil novecientos treinta, en la que condenó a Flaviano González a la pena de cuatro años y medio de presidio, por el delito de heridas, sentencia que no estaba aún ejecutoriada, según lo afirma el Tribunal, cuando se le tuvo en cuenta como agravante.

El señor Procurador dice, en relación con esta agravante, lo siguiente:

"Aparte de lo anterior, he de observar que la calificación del delito en segundo grado no tiene un fundamento plausible. Porque si ella tuvo su vinculación en la mala conducta anterior del reo, deducida de una sentencia de primera instancia, que lo condenó también por heridas, tomar esa sentencia por vínculo para una agravación de la pena, es acoger prematuramente una prueba que puede quedar luégo destruída, porque la sentencia no sea confirmada cuando vaya al superior por apelación o consulta. Esto da motivo para pediros, como os lo habré de pedir, que la calificación del delito se haga en el grado más benigno."

No hay duda que la mala conducta anterior, basada sólo en el fallo condenatorio de que se ha hecho mención, no aparece justificada, pues como lo anota el señor Procurador, esa sentencia de primera instancia puede ser revocada y el acusado absuelto, y entonces desaparece ese antecedente de carácter judicial y penal como indicativo de la mala conducta.

Pero, en cambio, sí concurren otras circunstancias agravantes que justifican la calificación de la delincuencia en segundo grado, tales son: el mayor perjuicio que las heridas causaron al ofendido, pues no solamente, según se ha visto, ellas le produjeron deformidad sino también defectos funcionales que, aun de carácter leve, como lo anotan los médicos legistas de Bogotá, no es lo mismo que si sólo le hubieran producido una sola de esas consecuencias (inciso 1º del artículo 117, Código Penal).

Por los datos estadísticos que se llevan en esta Sala, y que seguramente llevará también el Tribunal de San Gil, los delitos de sangre se cometen en esa región con mucha frecuencia, y es natural que esa circunstancia se tenga también en cuenta, como se ha tenido en casos semejantes, para aumentar el grado de la delincuencia. (Numeral 2º del artículo 117 del Código Penal).

La forma, además, como se desarrollaron los acontecimientos, está indicando que Flaviano González hirió a Roque Porras con especial sangre fría y crueldad; lo que pone de presente la personalidad del delincuente, que reclama una sanción adecuada en cuanto sea posible su peligrosidad.

De suerte que la calificación en segundo grado debe conservarse por los motivos anteriormente expuestos.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, condena a Flaviano González, como autor del delito de heridas en la persona de Roque Porras, dando aplicación al inciso 2º del artículo 645 del Código Penal, y calificada su responsabilidad en segundo grado, a la pena de cuatro años y medio de presidio, que deberá cumplir en la penitenciaría que designe el Gobierno. En lo demás, o sea en cuanto a las condenaciones accesorias, queda en firme la sentencia recurrida.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintitrés de agosto de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Belarmino Pico y Leopoldo Morales, compañeros y buenos amigos, después de haber ingerido alguna cantidad de licor en la tarde del primero de marzo de mil novecientos treinta y uno, departían cordialmente en un rancho situado en el punto de **La Cantera**, jurisdicción municipal de Charalá, y luégo de hacerse recíprocas protestas de amistad, Morales se separó para ir a un rancho vecino, donde permaneció corto tiempo. En el intervalo, Belarmino tomó una escopeta de dos cañones e hizo un disparo al aire, y como su camarada Morales oyera la detonación, se devolvió, y bromeando, le pidió a Pico que le hiciera a él otro tiro. Inmediatamente el aludido volvió el arma, y apuntándola de cerca a su amigo le hizo un disparo, postrándolo en tierra y causándole la muerte pocas horas después.

Tal es, en síntesis, el relato de los hechos que dieron lugar a la apertura de la presente causa criminal, en la que el Jurado afirmó la responsabilidad por homicidio voluntario, suprimiendo en su veredicto el elemento premeditación, que el Juez de derecho incluyera en el respectivo cuestionario.

Como responsable en segundo grado del aludido delito, el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de San Gil, en fallo de fecha diez y ocho de marzo del año en curso, condenó a Belarmino Pico a la pena de ocho años de presidio y sus accesorias, haciendo uso del poder discrecional para rebajar una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena, según el artículo 124 del Código Penal.

La apelación interpuesta contra el fallo condenatorio fue resuelta por el Tribunal Superior en el sentido de confirmarlo en todas sus partes, en el suyo de fecha veintiocho de abril siguiente, materia del recurso de casación, interpuesto en oportunidad.

Se invoca la causal primera, alegando que por no estar demostrada la agravante de mayor malicia y sangre fría en la consumación del delito, que se tuvo en cuenta para calificar la delincuencia en grado medio, hubo en el Tribunal mala interpretación de la ley aplicable. Y el señor Procurador, encontrando plausible el fundamento del recurso, lo acoge en su concepto, y estimando que no se trata propiamente de mala interpretación de la ley sino de la indebida aplicación de la misma, contribuye a sustentarlo diciendo:

"Considera el artículo 117 del Código Penal como circunstancia agravante, 'la mayor malicia, premeditación y sangre fría que haya en la acción.' Entiendo que para la concurrencia de esta circunstancia es necesario que el agente del delito haya procedido con intención determinada y oculta en grado tal, que se comprenda clara-

mente que fue la perversidad la que estimuló el acto, o con deliberación manifestada antes, o con tal serenidad, que ésta indique por sí sola la maldad estimulante.

"He pensado mucho acerca de esta cuestión en el caso presente, y no he podido convencerme de que un hombre de buenos antecedentes, como consta que lo es el procesado, haya podido ejecutar el hecho con esa intención determinada y oculta, indicativa de perversidad, ni con esa serenidad o sangre fría que se le atribuye.

"Los elementos de que se dispone en el proceso no dan la demostración de que así haya procedido. Por el contrario, esos buenos antecedentes hacen pensar en la imposibilidad de que en Pico pudiera haber aquella intención, y por ninguna parte encuentro demostrado que en el momento de la ejecución del hecho haya manifestado el estado frío, sereno, despreocupado, de su ánimo.

"Y si consideramos las circunstancias en que ocurrió el caso, fácilmente podemos comprender que el acto ejecutado fue más bien el producto de un impulso del momento, determinado quién sabe por qué fenómeno ocurrido en la mente del autor."

Y después de hacer el relato de los hechos, en consonancia con el que encabeza este proveído, continúa el señor Procurador:

"¿Tuvo intención Pico de matar a Morales? Pudo tenerla. ¿Fue aquello obra de una imprevisión? Pudo serlo. En todo caso, ni lo uno ni lo otro puede afirmarse con certeza, porque no hay elementos para demostrarlo. Y ante la duda que así surge, no es posible atribuírle a un hombre de buena conducta anterior la mayor malicia y la sangre fría que se requieren para la concurrencia de la respectiva circunstancia agravante."

Al estudiar el Tribunal el modo como se realizaron los hechos, encontró en el obrar del actor algo que lo revela como un sujeto de peligrosidad especial, por la falta de lógica en eso de herir mortalmente a su amigo y camarada, nada más que por la circunstancia de haberle pedido éste que le disparara el segundo tiro de la escopeta, lo que, en sentir del Juez y del Tribunal, habría dejado impasible a la generalidad de los hombres. Por ello estima el sentenciador que el homicidio es de aquellos cometidos por el solo impulso de brutal ferocidad, merecedor de las más altas penas, si no fuera porque en nuestro derecho no se contempla el caso como figura jurídica de carácter especial.

Así el Tribunal acogió sin estudio los fundamentos que tuvo el Juez de primera instancia, y dentro de ese orden de ideas es muy natural la conclusión a que se llegó, de calificar la delincuencia en grado medio, con base en la mayor malicia y sangre fría, como agravante general, según nuestro Código.

Pero como realmente no hay lugar a decidir que la acción punible cometida por Pico sea nada más que el resultado de un impulso de ferocidad brutal, puesto que si tuvo voluntad e intención de dar la muerte, conforme al veredicto de los Jueces de hecho, ello se debió sin duda al estado de exacerbación alcohólica en que se hallaba, incompatible con la sangre fría y demostrativo más bien de estar caldeado el ánimo; a esta circunstancia de la influencia alcohólica, y no a un refinamiento del dolo, deben ser atribuídos los resultados punibles aquí examinados, si se tienen en cuenta los buenos antecedentes del victimario y la forma como ocurrió el hecho.

No hay asidero de ninguna clase en los autos para sostener que Pico tuviese resolución preordenada de dar muerte a su amigo, ni se trasluce la menor diferencia entre ellos. Muy al contrario, su amistad fue cordial, y sólo, como se repite, a los efectos del alcohol puede atribuírse un suceso tan lamentable, y no a la ferocidad o depravados instintos de quien no había dado muestras de mala conducta.

Ninguna base tuvo el Juez para incluír la premeditación en el interrogatorio, ya que el cargo por esa circunstancia específica no figuró, ni debía figurar, en el enjuiciamiento. De donde se advierte que el Juez no tuvo en cuenta la doctrina de la Corte en jurisprudencia uniforme y constante sentada sobre el particular.

De lo expuesto se deduce que no le es imputable a Pico la agravante de mayor malicia y sangre fría en la comisión del homicidio, que no aparece debidamente establecida en el proceso, y por ello el reparo a la sentencia condenatoria es justificado.

Por consiguiente, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y falla en su lugar:

Condénase a Belarmino Pico, como responsable en tercer grado de homicidio voluntario en la persona de Leopoldo Morales, a la pena de seis años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno.

En lo que respecta a las condenaciones accesorias, queda firme el fallo del Tribunal.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

El Juzgado Superior de Barranquilla, con fecha cinco de noviembre último, en desarrollo del veredicto pronunciado por el Jurado de calificación, condenó a Gregorio Fontalvo como responsable de homicidio premeditado en la persona de Eustorgio Pallares, dando aplicación al artículo 595 del Código Penal, y calificada su responsabilidad en tercer grado, a la pena principal de doce años de presidio y a las accesorias correspondientes, sentencia que fue confirmada por el Tribunal de ese Distrito Judicial, con fecha cinco de marzo último.

Contra este último fallo interpusieron recurso de casación el condenado y su defensor, y ante la Corte fue designado como apoderado especial el doctor Jorge Eliecer Gaitán, quien cumplió oportuna y ampliamente su cometido.

Se invoca y sostiene por el apoderado del recurrente la causal cuarta del artículo 3° de la Ley 118 de 1931, o sea el no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Por su parte, el señor Procurador acoge la misma causal, y opina que se encuentra justificada.

Uno y otro alegan que en el auto de proceder no se mencionó nada acerca de la premeditación, es decir, que allí no se consignó este cargo, el cual sólo vino a plantearse en el cuestionario que se presentó al Jurado.

Sostiene el doctor Gaitán que "tal error ha traído como consecuencia el que Fontalvo haya sido condenado a una pena injusta, ya que tratándose de un homicidio simplemente casual y en riña, haya sido castigado como un homicidio voluntario y premeditado, sin las atenuantes a que sin duda ninguna tenía Fontalvo derecho por razón misma de los acontecimientos. Es este un caso típico, que explica mejor que cualquiera otro, la razón que tuvo el legislador para establecer la causal cuarta del artículo 3º de la Ley ya citada; pues en verdad, en circustancias como ésta, el procesado no puede defenderse ni allegar las pruebas defensivas pertinentes, porque no conoce el cargo, que debería estar formulado en el auto de proceder, ni puede suponérselo, dado que los elementos del proceso no permiten colegir. Si el cargo de la premeditación hubiera tenido algún fundamento, o los fundamentos que absurdamente quisieron darse por válidos posteriormente, hubieran sido formulados en el auto de proceder, muy fácil hubiera sido para el procesado desvirtuarlos hasta en su sombra. Sin embargo, aquí se procedió en forma contraria, no se habló para nada del elemento importantísimo de la premeditación en el auto de proceder, pero sí en la sentencia se le condenó por ella, cometiendo una injusticia y un error jurídico....."

Y el señor Procurador, al referirse al mismo punto, dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"No puede, en consecuencia, formularle el Juez al Jurado un cuestionario incongruente con el cargo claramente deducido en el auto de proceder, porque plantea así una cuestión distinta e ilegal, y pone la base para una sentencia que, de ser acorde con el veredicto afirmativo, viene a quedar en desacuerdo con los cargos formulados en dicho auto."

Se considera:

Basta leer cuidadosamente el auto de proceder, para deducir que en realidad para nada se habló en él de premeditación; en esa providencia el cargo se formuló por simple homicidio voluntario. Fue en los momentos de la audiencia cuando, al redactar el cuestionario, se agregó lo relativo a esa circunstancia de premeditación, teniendo en cuenta principalmente, como lo dice el Juez en su sentencia, la presunción de que trata el artículo 585 del Código Penal.

Sobre esta cuestión ha sido constantemente aplicada la doctrina que por primera vez sentó esta Sala en fallo de fecha octubre treinta y uno de mil novecientos veinticinco, del cual se reproduce ahora lo principal, por tratarse de un caso análogo:

"El auto de proceder debe contener el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que se defienda de ellos; y es bien sabido que la defensa se ejercita no solamente en los momentos de la audiencia, sino que ella principia concretamente desde la notificación de ese auto.

"De manera que desde entonces debe conocer el procesado cuáles son los cargos que se le hacen, para que ampliamente pueda defenderse.

"Entre nosotros, de acuerdo con la legislación vigente, las circunstancias de premeditación y de asesinato son constitutivas, la primera de homicidio premeditado, y ambas, reunidas, de asesinato; no son simples agravantes, como sucede en la legislación francesa, sino elementos que miran a la esencia del delito de homicidio premeditado o asesinato, y sin las cuales el hecho delictuoso recibe una denominación distinta.

"Por eso el Código Penal clasifica separadamente lo que debe entenderse por homicidio voluntario, homicidio premeditado y por asesinato; fija las condiciones que se requieren para que exista cada uno de ellos, y separadamente también les señala la pena correspondiente.

"Así, pues, la premeditación y las circunstancias de asesinato no son accesorias, como sí son las agravantes de que trata el artículo 117 del Código Penal; son cuestiones principales que traen consigo la pena de doce a diez y ocho años de presidio, o la máxima de veinte años. Sobre las circunstancias accesorias puede guardarse silencio en el auto de proceder, y, sin embargo, el Juez las aprecia en la sentencia, para efecto de los grados de que trata el artículo 123 de la obra citada.

"Pero si en el auto que abre la causa no se hace mención de esas cuestiones principales, como sucedió en el presente caso, no se puede después, al formular los cuestionarios, incluírlas, porque, como lo ordena el artículo 47 de la Ley 169 de 1896, en esos cuestionarios se determinará por el Juez el hecho o hechos materia de la causa, **conforme al auto de proceder,** y si en éste se guardó silencio sobre hechos tan sustanciales, no es posible que más tarde se interrogue al Jurado sobre ellos.

"Aceptar lo contrario, como lo hizo el Juez 2º Superior de Buga, y lo confirmó el Tribunal, sería menoscabar una garantía consignada en el artículo 26 de la Constitución, y según el cual nadie puede ser juzgado sino 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.'

"El cuestionario no puede referirse a supuestas declaraciones implícitas que se deduzcan del auto de proceder; tiene que versar sobre los hechos precisos, expresados con toda nitidez en aquél, ya que las penas no pueden pronunciarse sobre simples suposiciones, y tienen que estar alejadas de todo motivo de incertidumbre.

"De ahí el que la misma anticientífica presunción de que trata el artículo 585 del Código Penal, de impracticable aplicación, cuando llegue el caso de tenerla en cuenta, es necesario, también y quizá con mayor razón en beneficio de la defensa, mencionarla en el auto que declara el seguimiento de la causa.

"Lo expuesto no quiere decir que sea en la parte resolutiva de ese auto donde haya de especificarse si se trata de homicidio premeditado o de asesinato, cuando de ello se trate, porque tal exigencia iría contra lo dispuesto en el artículo 343 de la Ley 105 de 1890.

"La Corte se refiere a lo que debe ser materia de la parte motiva de ese auto, porque es precisamente de acuerdo con ella como se formula el respectivo cuestionario que se presenta al Jurado, es decir, que éste va a decidir sobre los hechos expuestos en esta parte motiva, y no sobre una cuestión de derecho, que es la planteada en la parte resolutiva. En el cuestionario no se va a decir si determinada persona es responsable del delito de homicidio de que trata determinado capítulo, título y libro, que constituye lo que se menciona en la parte resolutiva, sino de haber dado muerte en determinadas condiciones, es decir, sobre el hecho o hechos materia de la causa, de acuerdo con el auto de proceder, dice el inciso 2º del artículo 47 de la Ley 169 de 1896, ya citado.

"La causal tercera de casación, artículo 3º de la Ley 78 de 1923, dice:

'No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.....'

"Hemos dicho que la Corte encuentra justificada esta causal, porque, como ya se demostró, en el auto de proceder no se hizo la menor alusión sobre si el sindicado Luis E. Mesa debía responder del delito de asesinato cometido en la persona de Rafael Flórez o José Echeverri; no hay sobre esa delincuencia, la más alta y la más grave, ni siquiera una declaración implícita. Quedó así, en ese auto, planteado el homicidio en la categoría de voluntario.

"En esa situación, es claro que al interrogarse al Jurado sobre premeditación y sobre circunstancias de asechanza, alevosía, traición, etc., es decir, considerado el delito como asesinato, y al aceptar esa clasificación en la sentencia distinta de la que se había hecho en el auto de proceder, se le dedujo en esa sentencia un cargo que no se le había formulado en aquél, lo cual es suficiente para que se invalide el fallo y se dicte en cambio el que debe reemplazarlo.

"Al proceder así, no quiere decir que se prescinda del veredicto del Jurado; su contestación afirmativa se tiene en cuenta en lo que se refiere al cargo por el cual fue llamado a juicio el procesado, o sea por el delito de homicidio voluntario.

"La contestación afirmativa que dio respecto de premeditación y de circunstancias de asesinato, no legitima el error del Juez al preguntarle, extralimitándose sobre esos hechos; habría podido añadir a los cuestionarios si Mesa era, además, responsable de falsificación de moneda, y no porque el Jurado hubiera dado también una contestación afirmativa, pudiera quedar la Corte en imposibilidad, dentro de la casación, de corregir ese error, so pretexto de la soberanía del Jurado. Porque primero que esa soberanía, están las fórmulas protectoras de carácter constitucional, que ordenan, como ya se dijo, que nadie puede ser juzgado, y menos condenado, sin haberse cumplido la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"Lo expuesto es suficiente para casar la sentencia.

"Sin embargo, no está por demás estudiar si en el expediente está acreditada la premeditación.

"Es claro que si en alguna forma, y aun sin emplear precisamente ese término, se hubiera expresado en el auto de proceder algún concepto semejante, resuelta esta cuestión, contestada afirmativamente, como lo fue por el Jurado, no podría la Corte entrar a examinar las comprobaciones que presentara la investigación sobre ese particular, ni podría tampoco aun cuando no encontrara, en su concepto, la menor comprobación sobre ella, desconocerla, para dejar a un lado el veredicto, y, por consiguiente, la sentencia proferida en desarrollo de aquél."

La doctrina anterior, que, como ya se dijo y se repite, ha sido invariable y tenida en cuenta repetidas veces por esta Sala de la Corte en distintos fallos que se han publicado en la **Gaceta Judicial**, no le ha merecido atención alguna ni al señor Juez Superior ni al Tribunal de Barranquilla, aun cuando hubiera sido para refutarla, pues a los suscritos Magistrados les gustaría conocer las razones que esas entidades tengan para no compartir dicha doctrina, que, por lo demás, ha sido acatada y respetada por los otros Tribunales y Juzgados de la República.

Ya se ha visto que en el prensente caso el auto de proceder no contiene el menor concepto o apreciación que pueda llevar a deducir que allí se formuló a Fontalvo el cargo de homicidio ejecutado con caracteres de premeditación; a ese enjuiciamiento tenía que referirse el acusado para su defensa, porque fue allí donde se calificó y determinó el cargo o los cargos concretos de los cuales debía responder. Las pruebas que con posterioridad a la ejecutoria de ese auto se produjeron por parte del Fiscal, o del acusador, de cualquier clase que fueran, podrían ser apreciadas por el Jurado para deducir la mayor o menor responsabilidad del acusado, dentro del cargo contenido en el auto de proceder, pero no podrían servir para cambiarle la denominación jurídica, transformándolo en uno de mayor gravedad y de una especie y categoría distintas. Si tal cosa se admitiera, sobraría el enjuiciamiento, que califica la investigación en determinado sentido y alcance, y que fija los hechos o cargos alrededor de los cuales ha de girar el debate judicial.

Por fortuna, nuestra organización jurídica, que garantiza con criterio de justicia y equidad los intereses de la sociedad y los de la defensa, obliga al Juez a confeccionar el interrogatorio que ha de presentar al Jurado, en armonía, no con las pruebas que durante el plenario se lleven al juicio, sino de acuerdo con el auto de proceder, como lo indicá el inciso 2º del artículo 47 de la Ley 169 de 1896.

Si la Corte Suprema, dice el artículo 4º de la Ley 118 de 1931, encontrare justificada la causal cuarta, invalidará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo, lo que pasa a cumplirse.

Descartada la premeditación, la responsabilidad del acusado corresponde a la de un homicidio simplemente voluntario, sancionable con la penalidad que fija el artículo 600 del Código Penal, porque el veredicto, en lo que a este cargo se refiere, no contiene modificación o agregación alguna en la cual pudiera basarse el Juez de derecho para aplicar una disposición distinta, ni hay materia dentro de la casación para estudiar si era o podía ser el caso de hacer uso de la facultad de que trata el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal.

La calificación que en tercer grado se hizo de la responsabilidad no es materia de casación, y hay necesidad de respetarla.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente el fallo recurrido, y en su lugar resuelve:

Condénase a Gregorio Fontalvo, como responsable de homicidio voluntario en la persona de Eustorgio Pallares, calificada su responsabilidad en tercer grado, y dando aplicación al artículo 600 del Código Penal, a la pena principal de seis años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno. En cuanto a las condenaciones accesorias, queda en firme la sentencia recurrida.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Abierta la presente causa criminal por auto del diez y siete de febrero de mil novecientos treinta y uno, proferido por el Juzgado 1º Superior de Ibagué y confirmado por el Tribunal con fecha treinta de abril siguiente, el Jurado que en ella intervino profirió su veredicto así:

"¿El acusado Isaías Cortés L. es responsable, sí o nó, de haber dado muerte violenta y voluntariamente a Concepción Parra de Cortés, por medio de cinco heridas causadas con instrumento cortante y punzante (navaja), en distintas partes del cuerpo, entre ellas una en el cuello, en su lado izquierdo, que seccionó el paquete vascular respectivo, a consecuencia de la cual falleció instantáneamente, hecho ejecutado en un arrebato de cólera, y ocurrido a eso de las dos de la tarde del día veintisiete de febrero del año de mil novecientos treinta, en la cantina denominada **Rayo X**, situada en la ciudad de Honda, de este Distrito Judicial?"

Respuesta:

"Sí."

"¿El acusado Isaías Cortés L. ha cometido los hechos que se mencionan en la cuestión principal a sabiendas de que la víctima Concepción Parra de Cortés era su esposa legítima?"

Respuesta:

"Sí."

Afirmada así la responsabilidad, por sentencia de fecha veinte de noviembre de mil novecientos treinta y uno, el Juez Superior condenó al procesado a la pena de veinte años de presidio y sus accesorias, como responsable de homicidio voluntario (parricidio), perpetrado en la persona de su legítima esposa, con aplicación del artículo 615 del Código Penal y el transitorio B del Acto legislativo número 3 de 1910; fallo que el Tribunal Superior confirmó el treinta y uno de enero último.

En tiempo oportuno el sentenciado interpuso recurso de casación, el que, habiendo recibido la tramitación correspondiente, es admisible para estudio en el fondo.

Se pidió por el apoderado de Cortés que, antes de fallar la casación, dictara la Sala auto para mejor proveer, con el fin de que los médicos legistas de esta ciudad, previos los exámenes del caso, dictaminaran acerca del estado mental del procesado, a cuyo propósito solicitó asímismo que se oyera el concepto del señor Procurador.

Manifiesta este alto funcionario que siendo su aspiración la de que la ley se aplique con toda justicia, no puede oponerse a que se haga toda la luz que permiten los conocimientos científicos; y en el sentido de que son admisibles los autos para mejor proveer en la tramitación de esta clase de recursos, alude a lo resuelto por la Sala en el caso de Flaviano González y en otro semejante que allí mismo se cita.

Con el mayor detenimiento y en varias de sus sesiones, estudió la Sala la cuestión propuesta acerca del auto para mejor proveer, llegando a concluir, nitidamente, que es inadmisible el dictarlo en la forma y oportunidad de que se trata.

En efecto: el recurso de casación—como puede verse en los proveídos citados por el señor Procurador—no permite que se decrete, para mejor proveer, la práctica de diligencias, sino después de la infirmación del fallo recurrido y cuando para dictar con acierto la sentencia de reemplazo sea preciso que se aclaren ciertos puntos, o que sean resueltas en forma científica determinadas cuestiones. De otro modo quedarían desvirtuados por completo la naturaleza y los fines que son propios del recurso, por razones obvias que lo harían confundir con una tercera instancia; de suerte que si con las limitaciones dichas, por analogía y con un criterio favorable al acusado, y no por disposición expresa de la ley sino adoptando la doctrina admitida en casación civil, ha admitido la Sala de Casación en lo Criminal que se dicten autos para mejor proveer, ha sido en atención a que, para dictar la sentencia de reemplazo no procede la Corte propiamente como tribunal de casación, sino que asume las funciones de tribunal de instancia.

El recurso de casación que ahora se estudia viene fundado sobre un solo motivo principal, de donde se quiere derivar la existencia de casi todas y cada una de las causales establecidas por el artículo 3º, Ley 118 de 1931, y de modo inmediato la causal quinta, o sea la de ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria.

La alegación básica consignada en la demanda depende de que—en sentir del recurrente—no se ha establecido en el proceso la voluntad determinada de causar la muerte, con que procediera Isaías Cortés en los hechos que dieron lugar al llamamiento a juicio y a las sentencias condenatorias en ambas instancias. Se afirma la falta del elemento intencional en el acto que se imputa, y estima la demanda que si mucho se podría considerar el homicidio como involuntario meramente.

Para hacer admisibles tales simples enunciados, se procura sostener la tesis de la anormalidad mental del procesado, como consecuencia de varios y repetidos ataques que se dice haber sufrido Cortés, antes de la comisón del delito y después, estando ya preso por razón del mismo, en los que se pretende encontrar signos visibles de la epilepsia larvada, que se afirma afecta al recurrente, poniéndolo en imposibilidad de ser responsable penalmente, desde luégo que si realizó el hecho—se dice—no pudo obrar con conocimiento y voluntad libre, elementos en que radica la imputabilidad penal.

Hecho el resumen de los argumentos traídos al recurso, como es indispensable por la forma bastante difusa en que se hallan expuestos, procede la Sala a estudiarlos, y considera:

En tratándose de la causal quinta, es requisito indispensable para que ella pueda existir, que la cuestión relativa a la injusticia notoria del veredicto haya sido debatida previamente en las instancias del juicio, lo cual no sucedió en este proceso. Cierto es que la defensa buscó el modo de establecer la enfermedad mental que se alega, pero no se debatió lo tocante a la injusticia de la decisión proferida por los Jueces de hecho, porque pecara contra la evidencia de los autos.

Esto bastaría para no hallar demostrada aquella causal. Mas como se encuentra que de la misma base de la enfermedad de la mente, se parte para afirmar la existencia de la causal primera, y se hace, además, impropiamente radicar allí las causales tercera y cuarta, no queda fuera de lugar el examen de esa cuestión.

Durante el término de prueba trajo la defensa varias declaraciones tendientes a comprobar que Isaías Cortés ha sufrido de "ataques a la cabeza y al corazón," cons-

titutivos de locura en concepto de los declarantes, que han llevado al enfermo a una completa postración, dando signos de inconsciencia.

Esto le hizo decir al Juez Superior en uno de los apartes de su sentencia condenatoria:

"No obstante, el Juzgado cree cumplir con un deber al consignar en este fallo que del plenario aparece más o menos comprobado, que Cortés sufre ataques de epilepsia, según lo testificaron varios Guardas de la Penitenciaría, y que su madre María Teresa López de Cortés estuvo en el Asilo de Locos de Bogotá, por causa de epilepsia, en el período comprendido entre el diez y seis de julio de mil novecientos veintiocho y el veinticinco de junio de mil novecientos treinta (folio 58)."

Comoquiera que el saber si en realilad el procesado es un epiléptico, constituye un problema que se escapa totalmente a ojos profanos, y necesita, para poder apreciarlo con acierto, no sólo adecuados conocimientos científicos, sino aún más, la observación personal y directa del presunto enfermo, durante cierto tiempo, en las oportunidades y con los cuidados que la disciplina científica impone, es muy fácil advertir cómo aquellas declaraciones de testigos están muy lejos de probar la enfermedad mental de que se afirma adolece Isaías Cortés.

Por ello no se explica de qué manera pudiera admitirse que **aparezca más o menos comprobado** que dicho sujeto sufra de ataques de epilepsia, puesto que no siendo admisible para establecer ese hecho la mera prueba testimonial, según las razones apuntadas, hay que encontrarlo no probado, pura y simplemente, y en manera alguna estimarlo más o menos comprobado, ya que si no hay prueba que lleve a la convicción, no es posible, de acuerdo con los principios, establecer un término medio entre lo que es y tiene vida y lo que no es y está desprovisto de existencia.

Tales testimonios cuando más podrían servir como datos para los peritos que hubiesen de practicar los correspondientes exámenes, como elementos informativos acerca de la presunta enfermedad, pero en ningún caso como la demostración de ella.

Los peritos médico-legistas de Ibagué cuya palabra merece la fe anexa al cargo de que estaban investidos, practicaron varios reconocimientos del procesado, en presencia del Juez del conocimiento, y llegaron a la conclusión de que Cortés no presentaba estigmas de degeneración, ni síntomas de perturbaciones mentales. Este concepto, que afirma la sanidad mental del sentenciado, no puede desvirtuarse por meras afirmaciones tendientes a menoscabar la reputación científica de quienes lo emitieron, ni ha de hallarse rebatido por el dicho de declarantes profanos, incapaces de apreciar la enfermedad mental, y menos aún, cuando vienen en calidad de testigos, cuyas apreciaciones personales no hacen prueba.

Dicen los señores médicos de Ibagué, que Cortés es un individuo agotado por los trabajos materiales y las enfermedades que ha contraído (neumonía, dos veces; albuminuria y reumatismo); y no parece muy lejos de la realidad que los ataques a que los testigos aluden, hayan podido presentarse como consecuencia de tales afecciones, o por el debilitamiento orgánico consiguiente. Pero, en todo caso, aun considerando que la madre del procesado haya sufrido de epilepsia, ello no es bastante para concluir que Isaías Cortés es un epiléptico, sin que se demuestre primero que por ley de herencia así ha venido a suceder en el presente caso; ni tampoco que sufra de epilepsia larvada, sin que especialistas conceptúen fundadamente que de ello se trata.

De otra suerte se haría muy fácil a todos los delincuentes eludir las sanciones correspondientes a los hechos punibles en que hubiesen incurrido, alegando enfermedades mentales más o menos verosímiles, pero no comprobadas.

Se alega, por otra parte, que en el cuestionario sometido a los Jueces de hecho no se incluyeron todos los elementos requeridos, puesto que no se habló de que el agente hubiera procedido con intención de matar. Pero la simple lectura del cuestionario muestra la inexactitud de esa afirmación, puesto que allí se pregunta acerca de la responsabilidad de Cortés por haber dado muerte violenta y **voluntariamente** a Concepción Parra de Cortés, en lo que va envuelto el elemento intencional.

En lo relativo a la causal cuarta, formulada sobre la misma base de no haberse incluído el elemento intencional, resulta igualmente inexácto que la sentencia se hubiese dictado en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, y puesto que para ver lo contrario basta leer tales piezas del proceso.

Cuando existe la prueba de que el agente no tuvo intención de causar la muerte, sino que ésta sobrevino por causas ajenas a la voluntad de aquél, puede hablarse de la comisión de un homicidio involuntario. Pero cuando está declarada la responsabilidad por un homicidio consumado voluntariamente, esto es, que el autor obró con intención de matar, mal podría venir la condenación por homicidio involuntario, sin que la sentencia contradijera abiertamente el veredicto recaído sobre un interrogatorio formulado conforme al auto de enjuiciamiento. Esta consideración hace inadmisibles los argumentos con los cuales se pretende sostener que Cortés debe responder nada más que por homicidio involuntario, como en una forma, al parecer subsidiaria, sostiene la demanda, que, por lo demás, hace allí afirmaciones sin comprobación alguna en los autos.

Se alega también el estado de embriaguez en que se hallaba el actor, con el fin de apoyar la afirmación de ser involuntario el homicidio, estimando la demanda que se trataba de embriaguez ocasional. Pero no se advirtió que nuestra ley penal presume que la embriaguez es voluntaria, pues exige que se pruebe o aparezca claramente que provino de fuerza o violencia hecha al reo, o de alguna otra circunstancia pura y exclusivamente ocasional. Y ni esa prueba se ha traído a los autos, ni hay elemento o base alguna de donde pudiera aparecer la embriaguez como ocasional, y sí, más bien, está en claro que el procesado no era extraño al uso de licores embriagantes. Pero aun suponiendo que se tratara de embriaguez ocasional, ella apenas podría ser atendible por lo que respecta a la calificación de la delincuencia, como atenuante, no como cualificativa para considerar involuntario el homicidio, y menos como exculpativa, según parece alegarlo el recurrente.

Como consecuencia de la alegación consistente en no haberse incluído en el cuestionario el elemento intencional, enuncia la demanda la causal segunda de casación, o sea la de haberse dictado la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, y separadamente, pero sobre la misma base, estima el recurrente que hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, o sea la causal tercera. Mas como queda rebatida esa tesis, relativa al elemento intencional, son injustificados los

reparos que se le hacen al fallo por tales causales segunda y tercera, sin necesidad de repetir en este lugar los argumentos que llevan a dicha conclusión.

No está por demás aludir a la demasiada devoción a la defensa que se exhibe en la forma y términos de la demanda, lo cual motivó los siguientes párrafos, que se transcriben tomándolos de la vista del señor Procurador:

"Pero el reo se alzó en casación ante vosotros, y aquí ha venido un apoderado a ponerle fundamento al recurso, en un extenso memorial, donde campea la erudición, dejando al margen las razones fundamentales de las cinco causales que él invoca y alega.

"Jamás se diera un caso tan complicado por consecuencia de un estudio falto de método, en el que se confunden y barajan diversas causales, hasta el punto de que en vez de poner en claro las tesis jurídicas que se quieren sostener, para que aparezcan nítidas las cuestiones que motivan la casación demandada, se van perdiendo ellas entre las sombras de una confusión desconcertante.

"Haciendo un esfuerzo, y poniendo a contribución mi cerebro, he podido entender que se trata en toda la exposición de un hecho único, que daría el motivo para sostener la sola causal de 'ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria,' siempre que esa cuestión hubiera sido debatida previamente en las instancias. Pero no habiéndolo sido, faltando este requisito, que expresamente ha exigido la ley, la causal no puede prosperar."

Como el señor apoderado ante la Corte alude a la facultad que el artículo 6º de la Ley 118 de 1931 otorga al señor Procurador, en el sentido de fundar el recurso de casación, cuando no lo haya hecho el recurrente, o de ampliar los motivos que éste presente, desarrollando la demanda, siempre que encuentre fundamento para ello, conviene advertir que ese alto funcionario sí llenó cumplidamente su misión legal, conforme a su leal saber y entender, refutando los argumentos de la demanda, y consignando en su concepto la siguiente apreciación relativa a la facultad legal de que se trata:

"Ha creído el defensor de Cortés que yo tengo la obligación de sostener en todo caso y ampliar tales causales, y así lo deja entender en uno de los pasajes de su escrito. Es un error que quiero combatir de una vez por todas.

"Verdad es que el artículo 6º de la Ley 118 de 1931 dispone que ante la Corte se aleguen y sostengan las causales que se invoquen por el recurrente, y que esto lo haga el Procurador cuando el interesado no cumpla ese deber. Pero también es verdad que cuando dicho interesado lo ha cumplido, como sucede en este caso, aunque sus razones no sean aceptables, no tiene el Procurador porqué entrar a mejorar sus razonamientos. Y lo es igualmente que la acción del Procurador, en el caso de la exposición citada, ha de tener su cumplimiento cuando exista o encuentre fundamento bastante para el efecto. De lo contrario, nó, porque la ley no podría obligarlo a sostener causas injustas."

Se halla, pues, que el señor Procurador cumplió su deber. Y como a pesar del esfuerzo hecho en el estudio de la difusa demanda de casación, no aparece justificado ninguno de los reparos que a la sentencia se hacen, se llega a concluír que ella debe permanecer firme.

Y por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinticcho de septiembre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Al Jurado que intervino en el presente juicio, abierto por auto de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta y uno, proferido por el Juez 1º Superior de San Gil, y confirmado por el Tribunal, se le sometió la siguiente cuestión, que fue resuelta como se transcribe:

"¿El acusado Félix Antonio Meléndez es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente, y con intención de matar, a Fernando Sánchez o Muñoz, por medio de tres heridas que le infirió con arma cortante, una en el lado izquierdo de la cara, y que le interesó la piel, el tejido celular subcutáneo y demás nervios de la región, desde el cráneo hasta la boca, trozando la mandíbula; otra en el hombro derecho, hacia abajo, de veintiocho centímetros de longitud, que rompió la paleta (omoplato) del mismo lado, en dirección paralela a la columna vertebral, y otra sobre el riñón izquierdo, al través de la espalda; hecho que ejecutó el acusado en las últimas horas de la tarde del día once de enero del corriente año, en el sitio denominado **Santa Rosa**, de la jurisdicción municipal de San Vicente?"

El Jurado contestó: **"Sí."**

En acatamiento al veredicto, el Juez Superior dictó la sentencia de primera instancia, con fecha 1º de marzo del presente año, en la que condena al procesado Meléndez a la pena de doce años de presidio y sus accesorias, como responsable en grado ínfimo de homicidio premeditado, con aplicación del artículo 595 del Código Penal, fallo que el Tribunal Superior confirmó el veinte de mayo último.

Oportunamente, y con base en la causal cuarta, se interpuso recurso de casación, alegando no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, en apoyo de lo cual dice la demanda:

"De acuerdo con el ordinal 4º del artículo 3º de la expresada Ley (118 de 1931), es causal de casación el no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. Ahora bien: por providencia de veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta y uno, fui llamado a juicio, sin que en esa pieza y en la correspondiente del honorable Tribunal, que la confirmó, se me hubiera imputado la circustancia de la premeditación, la cual fue sometida a la consideración del Jurado, cosa que implica una violación expresa del artículo 26 de la Constitución Nacional, toda vez que no se

me juzgó de acuerdo con las leyes preexistentes el acto que se me imputaba, comoquiera que entonces regía el ordinal 3º de la Ley 78 de 1923, que sienta el mismo principio a que ya he hecho referencia. Más aún: se me ha sentenciado por homicidio premeditado, sin que se me hubiera facilitado el medio de defensa, ya que apenas tuve conocimiento de que se me imputaba la premeditación, cuando ya era imposible allegar pruebas en contra de tan grave circunstancia: el día de la celebración del juicio o reunión del Jurado."

El señor Procurador acoge esta misma tesis, y la sustenta, para concluír pidiendo que se infirme el fallo, en el sentido de condenar por homicidio simplemente voluntario, con calificación de la responsabilidad en segundo grado. Dice este alto funcionario en los siguientes apartes que se transcriben de su vista:

"La razón que da el recurrente para sostener ese agravio, me parece irrefutable. Ni en el auto de proceder, proferido por el señor Juez con fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta y uno (folios 22 y 23), ni en el del Tribunal Superior, de siete de octubre del mismo año (folios 28 y 29), en que se confirmó el enjuiciamiento, se le hizo al procesado la incriminación de haber ejecutado el homicidio con previa deliberación. Ni una sola palabra se dijo en esos autos para formular el cargo de un homicidio premeditado.

"La Corte, de acuerdo con esta Procuraduría, tiene ya sentada la doctrina de que la premeditación en el homicidio no es simplemente una circunstancia agravante, como sucede con las enumeradas en el artículo 117 del Código Penal, sino un elemento constitutivo del delito que se va a juzgar, y que le da al delito una calificación especial. (Casación, 4 de marzo de 1926, XXXII, 218)."

Para resolver, se considera:

Ni en el auto de proceder dictado por el Juez, ni en el que para confirmarlo profirió el Tribunal Superior, se le imputó al acusado la premeditación, siendo bastante para corroborarlo la lectura de esas piezas del proceso. Por manera que, tratándose de un elemento que, de conformidad con nuestra ley, cambia la fisonomía jurídica del homicidio atribuyéndole una especial penalidad, no era posible, sin menoscabar el derecho de defensa, incluír en el cuestionario destinado a los Jueces de hecho esa circunstancia cualificativa, si en la parte motiva del enjuiciamiento—como en el presente caso sucede—no se le formuló al procesado de ninguna manera el cargo correspondiente.

El llamamiento a juicio—según doctrina de la Corte, constante y uniforme desde cuando esta Sala comenzó a actuar—ha de contener en forma clara y precisa la imputación del hecho punible con todos los elementos o circunstancias que le dan una fisonomía jurídica especial, para que así el acusado pueda saber con certeza de qué debe defenderse y de qué lo llama a responder la sociedad. De otro modo, la defensa no estaría debidamente garantizada, ni habría lealtad en la acusación.

Por eso, en fallo del treinta y uno de octubre de mil novecientos veinticinco, relativo a la casación interpuesta por el defensor de Luis E. Mesa, dijo la Sala:

"El auto de proceder debe contener el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que se defienda de ellos; y es bien sabido que la defensa se ejercita no solamente en los momentos de la audiencia, sino que ella principia concretamente desde la notificación de ese auto.

"De manera que desde entonces debe conocer el procesado cuáles son los cargos que se le hacen, para que ampliamente pueda defenderse.

"Entre nosotros, de acuerdo con la legislación vigente, las circunstancias de premeditación y asesinato son constitutivas, la primera de homicidio premeditado, y ambas reunidas, de asesinato; no son simples agravantes, como sucede en la legislación francesa, sino elementos que miran a la esencia del delito de homicidio premeditado o asesinato, y sin las cuales el hecho delictuoso recibe una denominación distinta.

"Por eso el Código Penal clasifica separadamente lo que debe entenderse por homicidio voluntario, homicidio premeditado y por asesinato; fija las condiciones que se requieren para que exista cada uno de ellos, y separadamente también les señala la pena correspondiente.

"Así, pues, la premeditación y las circunstancias de asesinato no son accesorias, como sí lo son las agravantes de que trata el artículo 117 del Código Penal; son cuestiones principales que traen consigo la pena de doce a diez y ocho años de presidio, o la máxima de veinte años. Sobre las circunstancias accesorias puede guardarse silencio en el auto de proceder, y, sin embargo, el Juez las aprecia en la sentencia para efecto de los grados de que trata el artículo 123 de la obra citada.

"Pero si en el auto que abre la causa criminal no se hace mención de esas circunstancias principales, como sucedió en el presente caso, no se puede después, al formular los cuestionarios, incluírlas, porque como lo ordena el artículo 47 de la Ley 169 de 1896, en esos cuestionarios se determinará por el Juez el hecho o hechos materia de la causa, **conforme al auto de proceder,** y si en éste se guardó silencio sobre hechos tan sustanciales, no es posible que más tarde se interrogue al Jurado sobre ellos.

"Aceptar lo contrario, como lo hizo el Juez 2º Superior de Buga, y lo confirmó el Tribunal, sería menoscabar una garantía consignada en el artículo 26, y según el cual nadie puede ser juzgado sino 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.'

"El cuestionario no puede referirse a supuestas declaraciones implícitas que se deduzcan del auto de proceder; tiene que versar sobre los hechos precisos que se deduzcan del auto de proceder, expresados con toda nitidez en aquél, ya que las penas no pueden pronunciarse sobre simples suposiciones, y tienen que estar alejadas de todo motivo de incertidumbre.

. . . . . .

"En esa situación, es claro que al interrogarse al Jurado sobre premeditación y sobre circunstancias de asechanza, alevosía, traición, etc., es decir, considerando el delito como asesinato, y al aceptar esta clasificación en la sentencia, distinta de la que se había hecho en el auto de proceder, se le dedujo en esa sentencia un cargo que no se le había formulado en aquél, lo cual es suficiente para que se invalide el fallo y se dicte en cambio el que debe reemplazarlo.

"Al proceder así, no quiere decir que se prescinda del veredicto del Jurado; su contestación afirmativa se tiene en cuenta en lo que se refiere al cargo por el cual fue llamado a juicio el procesado, o sea por el delito de homicidio voluntario.

"La contestación afirmativa que dio respecto de premeditación y de circunstancias de asesinato, no legitima

el error del Juez al preguntarle, extralimitándose sobre esos hechos; habría podido añadir a los cuestionarios si Mesa era, además, responsable de la falsificación de moneda, y no porque el Jurado hubiera dado también una contestación afirmativa, pudiera quedar la Corte en imposibilidad, dentro de la casación, de corregir ese error, so pretexto de la soberanía del Jurado. Porque primero que esa soberanía están las fórmulas protectoras de carácter constitucional, que ordenan, como ya se dijo, que nadie puede ser juzgado, y menos condenado, sin haberse cumplido la plenitud de las formas propias de cada juicio."

Tal es la doctrina sostenida por la Corte en repetidos fallos, que corren publicados en la **Gaceta Judicial**, la misma aplicable en el presente caso, y conducente a la infirmación parcial del fallo recurrido, al tenor del artículo 4º, Ley 118 de 1931.

Para dictar el fallo de reemplazo, se considera:

Descartada la circunstancia cualificativa de premeditación, por no habérsele imputado a Meléndez en el auto de proceder, ha de mirarse el homicidio simplemente voluntario, ya que la afirmación del Jurado acerca de aquella circunstancia, no legitima—como queda dicho—el error de haberla incluído en el cuestionario cuando fue materia del llamamiento a juicio, según los cargos deducidos en el auto que lo abrió.

Pero comoquiera que en el hecho se presentan agravantes de sevicia y crueldad, y la indefensión de la víctima, puesto que el matador concretó el impulso criminal en varias heridas causadas al occiso, sin que éste pudiera ejercitar la menor defensa, y dándole dos golpes de arma cuando yacía en tierra a consecuencia del primer machetazo recibido, es el caso de calificar la responsabilidad en segundo grado, puesto que concurre la atenuante de buena conducta anterior, la cual se presume.

Corresponde así al procesado la pena de nueve años de presidio, con aplicación del artículo 600 del Código Penal.

Y por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma en parte la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Condénase a Félix Antonio Meléndez, como responsable en segundo grado de homicidio voluntario en la persona de Fernando Sánchez o Muñoz, a la pena de nueve años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno.

Cuanto a las condenaciones accesorias, queda en firme la sentencia del Tribunal.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha marzo dos del presente año revocó el auto pronunciado por el Juez Superior de ese Distrito, en el cual este funcionario había declarado la injusticia notoria de los veredictos proferidos en el juicio criminal seguido contra Pedro Cotis o Cotes y Luis Ramírez Barragán por el delito de homicidio cometido en la persona de Alfonso Orozco.

En esa misma providencia entró a dictar sentencia condenatoria en desarrollo de los veredictos pronunciados por el respectivo Jurado de calificación, e impuso a los acusados Cotis o Cotes y Ramírez Barragán la pena principal de veinte y diez y ocho años de presidio, respectivamente, junto con las accesorias respectivas.

Contra ese fallo del Tribunal interpuso casación el condenado Cotis o Cotes, y al notificársele ese fallo al doctor Diógenes Vaca Gómez, que era defensor de ambos procesados, únicamente se limitó a decir: "que interpondría recurso de casación," ofrecimiento que no cumplió.

El condenado Cotis invocó como causales la primera, segunda, tercera y cuarta, de las contenidas en el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, sin que hubiera cumplido con el deber de fundarlas. Por fortuna, el señor Procurador, en cumplimiento de lo que prescribe el artículo 6º de esa Ley, alegó y fundó la causal de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley. Varios son los motivos que presenta para sostener esta causal.

Se estudian conjuntamente los dos primeros motivos de nulidad que alega, por estar íntimamente relacionados. Ellos son:

"Primero. Es causa de nulidad, de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, el no haberse notificado a las partes el auto en que se señala el día para la celebración del juicio.

"De conformidad con esa misma disposición, tal nulidad no se declara cuando la parte no notificada concurre a la práctica de la diligencia, y sólo a petición de esa misma parte puede anularse el juicio por esta causal.

"Ramírez Barragán no concurrió a la práctica de la diligencia, y por lo tanto quedó en pie la causal de nulidad a que se dio lugar por no haberle notificado el auto en que se señaló el día para la celebración del juicio. En cuanto a la petición de la nulidad por la misma parte no notificada, creo que esto tiene efecto en lo relativo a las instancias. No así cuando se trata del recurso de casación por aquel motivo, pues en tal caso la causal vinculada a la nulidad del juicio es cuestión distinta que debe resolver la Corte, a petición de cualquiera de los condenados que haya hecho uso de ese recurso en su favor, siquiera sea para abrirle campo más amplio a su defensa dentro de la reposición del proceso.

"Dispone el artículo 285 de la citada Ley 57, que el auto en que se señale el día para la celebración del juicio se notifique a los Jueces de hecho y a las partes. Por partes se entiende en este caso el fiscal, los procesados, sus defensores y el acusador particular, si lo hubiere, sin que pueda considerarse como una sola el procesado y su defensor; pues de conformidad con el artículo 1798 del Código Judicial, así solos se les considera para los efectos de entregárseles los autos en traslado en el término de los alegatos.

"Por consiguiente, la notificación de aquel auto al procesado es indispensable, y no puede considerarse legalmente cumplida con la que se le haga a su defensor cuando el reo está o debe estar preso.

"Y se comprende mejor esto al consultar el artículo 1636 del Código Judicial. Este canon legal está concebido en los siguientes términos:

'Cuando el reo estuviere en libertad, o excarcelado bajo fianza, podrá ausentarse de la cabecera del Circuito después de que se le notifique el auto de proceder; y cuando lo verifique, lo que se presumirá cuando no se presente a recibir la primera notificación que ocurra, se seguirá la causa con el defensor.'

"Según esto, sólo puede seguirse la causa con el defensor cuando el reo, estando en libertad por no merecer prisión preventiva, o estando excarcelado bajo fianza, se ausente. Pero no puede seguirse con el defensor cuando el reo está preso, o cuando debiendo estarlo se ha fugado, casos éstos cuando ha de seguirse con él y su defensor, debiéndoles ser notificados a ambos todos aquellos autos o sentencias que deben serlo al procesado, según lo dispone el artículo 1625 del Código de Procedimiento Criminal.

"A pesar de esto, el Juez se conformó con la notificación que se le hizo al defensor, no estando Ramírez Barragán en libertad legalmente, y de esta manera dio lugar a la nulidad que alego, o sea la de no haberle sido notificado a una de las partes el auto que señaló día y hora para la celebración del juicio.

"Segundo. La nota del Prefecto de la Provincia, de que atrás hablé, da cuenta de que Ramírez Barragán fue hospitalizado el ocho de julio, y que poco después se fugó. Este parece ser el motivo para que no se le hubiera hecho aquella notificación, y para que el juicio hubiera continuado hasta su terminación, sin audiencia del reo.

"Si ello fue así, se incurrió en un vicio más sustancial todavía. Porque para tal evento la ley ha determinado claramente lo que debe hacerse. El artículo 1958, en relación con el 1953, ambos del Código citado, preven el caso de manera terminante.

"Dice el 1598:

'Los artículos anteriores de este capítulo se observarán igualmente cuando el reo, habiendo estado preso, se haya fugado de la prisión.....'

"Y entre los artículos anteriores a que se refiere, está el 1953, que dice así:

'Si el reo no pudiere ser habido, se suspenderá el procedimiento, y si hubiere reos presentes y reos ausentes, se continuará y fenecerá la causa de los primeros, suspendiéndose la de los segundos.'

"Esta disposición es de carácter general para los procedimientos, pero, como se ve, es especial para el caso de que me ocupo.

"Si Ramírez Barragán estaba preso, y se fugó de la prisión, ha debido suspenderse el procedimiento, como lo dispone aquel artículo, y proceder a practicar las diligencias de que tratan los artículos 1949 y siguientes para la averiguación de su paradero y para su captura. Si hallado y capturado, procedía la continuación de la causa de los dos procesados. En el caso de no hallársele, lo procedente era entonces la suspensión de la suya y la continuación de la de Cotis.

"Pero no se procedió así, sino que continuó la actuación respecto de los dos, entendiéndose lo relativo al fugado con su defensor. Fue así como se vino con un procedimiento viciado sustancialmente, con violación de las disposiciones que prescriben el procedimiento especial que debe seguirse cuando hay reos presentes y reos ausentes, y éstos no han sido hallados, y como se llegó hasta una condenación sin haber oído al reo, derecho éste que se le desconoció, pues él tenía por ley ese derecho, de que se le oyera en la audiencia, por sí o por medio de un vocero.

"Si así se obró, hasta con desconocimiento de los derechos del reo y de los medios de que puede valerse en su defensa, es evidente que fue juzgado y condenado sin que se cumplieran las formas propias del juicio, y de esta manera se violó el artículo 26 de la Constitución y se incurrió en una nulidad más sustancial todavía.

"Y no es esto sólo, sino que, además, se ha dado por notificada legalmente a las partes la sentencia definitiva, con la sola notificación al defensor, quien parece que haya abandonado la defensa de Ramírez Barragán, y se ha producido así el resultado de que éste no haya podido hacer uso del supremo recurso de casación contra una sentencia dictada en su contra, sin habérsele oído, y en la que se le impuso la no pequeña pena de diez y ocho años de presidio."

Se contesta:

No hay duda de que si el procesado Ramírez hubiera continuado preso, había sido necesario que tanto a él como a su defensor debían notificársele todos los autos, y principalmente aquellos que tienen una importancia especial en el procedimiento, como es el que señala día para la celebración del juicio. Al sindicado que está en libertad le queda muy fácil enterarse en cada momento del curso del juicio, pero quien está preso no tiene esa misma facilidad, y, por lo mismo, para que no se menoscaben las garantías de defensa, la cual se ejercita no sólo por el defensor sino también por el procesado, es lo natural que a éste se le hagan personalmente las respectivas notificaciones, pues esa es la forma indicada para que pueda estar al corriente de la marcha del proceso. Así lo ha resuelto esta Sala en varios fallos.

Mas otra cosa muy distinta sucede cuando, durante el curso del juicio se fuga el procesado, entendiéndose por juicio el estado del proceso en que se encuentra ejecutoriado el auto de proceder, y el acusado ha designado su defensor que se encuentra al frente de la causa o se le ha designado de oficio.

El capítulo VI del Título X, Libro III del Código Judicial, y que lleva por mote: "Modo de proceder respecto de los reos ausentes," se refiere a los casos en que, perfeccionado el sumario y decretada la prisión o comparecencia del procesado, éste no fuere hallado; entonces vienen las diligencias necesarias para declararlo reo ausente, suspendiéndose en tal caso el procedimiento, y así tenía y tiene que suceder, porque constituyendo el auto de proceder el pliego de cargos que se presenta al acusado para que pueda defenderse, es natural que si el acusado no conoce ese auto, es decir, no se le notifica personalmente para que pueda iniciar su defensa, mal se puede adelantar y terminar el juicio, porque claramente se violaría, entre otros mandatos, el contenido en el artículo 26 de la Constitución, según el cual nadie puede ser juzgado sin la plenitud de las formas.

Basta leer cuidadosamente los distintos artículos de ese capítulo, en que el primero de ellos, o sea el 1949, principia diciendo que, "perfeccionado el sumario y decretada la prisión o comparecencia del procesado, si no

fuere hallado éste, se librarán las correspondientes requisitorias.....”

Si el reo (mejor hubiera sido que empleara la palabra procesado, acusado o sindicado), no pudiere ser habido, dice más adelante el artículo 1953, es decir, si perfeccionado el sumario y decretada la prisión o comparecencia no fuere hallado, “se suspenderá el procedimiento, y si hubiere reos presentes y reos ausentes, se continuará y fenecerá la causa de los primeros, suspendiéndose la de los segundos.” Los demás artículos del mismo capítulo contribuyen a reglamentar la misma situación.

El citado artículo 1949 del Código Judicial se refiere al caso en que el sindicado no se encuentre preso cuando el sumario esté perfeccionado; en cambio, puede suceder que habiendo estado preso durante la investigación, porque se le haya detenido preventivamente desde entonces, se fugue antes de encontrarse perfeccionada la investigación, de suerte que cuando se dicta el auto de proceder no se le puede notificar, y así, se suspende también el procedimiento, lo que prevé el artículo 1958 del mismo Código Judicial.

Si la fuga se verifica después de notificársele el auto de proceder, no hay disposición que ordene suspender el procedimiento, lo que es ventajoso para la sociedad que está interesada en que los procesos terminen lo más pronto y en que la justicia no se paralice. En tales casos no se puede decir que al acusado se le juzga sin haberlo oído, y sin que éste pudiera ejercer todos los recursos que tuviera a bien, porque se hizo saber oportunamente cuál era el cargo que le hacía la autoridad, se le notificó la providencia respectiva para que iniciara su defensa, directamente o por medio de defensor, el cual se le nombra en todo caso, de oficio, si aquél no lo designa; si a sabiendas de ese enjuiciamiento, el acusado se fuga o no vuelve a comparecer, voluntariamente se coloca en esa situación, que no puede traer la consecuencia de suspender la acción de la justicia en sólo beneficio de un acusado que se sustrae a ella.

Si el artículo 1636 del Código Judicial permite que cuando el reo estuviere en libertad (y en libertad está el que se fuga), o excarcelado bajo fianza, podrá ausentarse de la cabecera del Circuito después de que se le notifique el auto de proceder, y cuando lo verifique, lo que se presumirá cuando no se presentare a recibir la primera notificación que ocurra, se seguirá la causa con su defensor, con mayor razón puede y debe adelantarse la causa con el defensor cuando el acusado se fuga, porque la situación es la misma, y en el presente caso esa fuga se verificó cuando el juicio ya estaba bastante adelantado, pues se había practicado el sorteo general de Jurados.

De suerte que por este aspecto no existe la nulidad que alega el señor Procurador.

El tercer motivo lo sustenta así:

“Pero como si todo aquello no fuera bastante en el campo de lo incorrecto del procedimiento, el Tribunal incurrió por su cuenta en otra informalidad superior.

“El Juez, al estudiar el veredicto del Jurado, encontró que ese acto era injusto, por contrario a la evidencia de los hechos, y así lo declaró, sin entrar a decidir en el fondo sobre la situación jurídica planteada por razón del delito y por razón de la responsabilidad declarada por el Jurado.

“Consultada aquella providencia con el Tribunal, correspondía a éste examinar únicamente la cuestión de la injusticia del veredicto y resolver sobre su legalidad o ilegalidad. Si lo primero, para confirmar la providencia y devolver el negocio para la convocación del nuevo Jurado. Si lo segundo, para revocarla y devolver también el negocio para que el Juez fallara en el fondo.

“Pero hecho el examen correspondiente y hallado por el Tribunal que el veredicto no era injusto, resolvió revocar la providencia del Juez, y fallar de una vez, condenando a los reos en la forma que ya queda expresada. De esta manera de obrar ha venido a resultar la pretermisión de una instancia, aquella primera instancia en donde debió fallarse, condenando o absolviendo, para abrirles el campo a los reos a ejercitar su defensa en la segunda, y para cumplir todas las formas propias del juicio. Y se les condenó definitivamente en una sola instancia, usando así de una especie de asalto a la justicia y a los reos, desde luégo que éstos llegaron ante el Tribunal desprevenidos, a debatir únicamente la cuestión de la injusticia del veredicto, y sin prepararse, por lo mismo, a la defensa de lo principal, pues de esto no se trataba entonces.

“Hé aquí cómo se ha incurrido en una nulidad más grave, pues no se trata de la pretermisión de una formalidad, sino nada menos que de la pretermisión de una instancia para fallar lo principal del juicio.

“Han sido, pues, juzgados los reos sin las formalidades propias del juicio, y se han violado el artículo 26 de la Constitución y todas las disposiciones de procedimiento que determinan los actos que deben cumplirse en dos instancias para llegar al fallo definitivo.”

Tal motivo de nulidad, con base en el artículo 26 de la Constitución, lo encuentra justificado la Corte. En efecto: el Tribunal, al revisar por vía de consulta la providencia del Juez en que declaró la injusticia notoria de los veredictos, tenía que limitarse a lo que era materia de ella, es decir, a confirmarla o revocarla, debiendo en este último caso devolver el expediente para que el Juzgado fallara en el fondo; pero en vez de hacerlo así, procedió a dictar sentencia condenatoria de acuerdo con los veredictos, con lo cual vino a quedar suprimida una instancia, o sea la sentencia que en primera debía dictar el Juez a quo.

El artículo 50 de la Ley 169 de 1896, claramente está diciendo que la misión del Tribunal se reducirá a lo que se ha expuesto en el párrafo anterior, como se deduce de sus términos:

“Si a juicio del Juez las resoluciones del Jurado fueren contrarias a la evidencia, declarará injusto el veredicto, y consultará su determinación con el Tribunal Superior.”

De manera que en esos casos el proceso sube al Superior para consultar la declaración de injusticia notoria, que es preciso resolver previamente antes de pronunciar el respectivo fallo de fondo.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido en la parte de fondo que él contiene, o sea en aquella que condenó a los acusados Pedro Cotis o Cotes y Luis Ramírez, y en su lugar se dispone que, en desarrollo de la parte vigente que queda de ese fallo, o sea en cuanto revocó la decisión de

injusticia notoria que hizo el Juez de primera instancia, debe volver a éste el proceso para los fines legales consiguientes.

Publíquese, cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El reo Abraham Abril presentó demanda de revisión contra la sentencia ejecutoriada proferida con fecha seis de febrero del corriente año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sentencia en que se confirmó la del Juez del Circuito de Chocontá, de fecha veintiséis de agosto del año próximo pasado, por medio de la cual se le condenó por el delito de heridas causadas a Pablo Camelo, a la pena principal de un año de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Admitida la demanda y abierta a prueba, se practicaron durante este término todas las pedidas por el interesado, siendo llegado el caso de resolver acerca de la revisión solicitada lo que fuere legal, agotados como se hallan los trámites legales correspondientes.

Ante todo cabe observar que el señor Procurador se produce en contra de la revisión pedida, pues dice que se trata de estimar pruebas que debieron tenerse en cuenta para graduar la responsabilidad del reo, y que no siendo ese el fin de la revisión, no puede accederse a ella, ya que este recurso excepcional, concedido por la ley, no se puede convertir en una tercera instancia para apreciar motivos de defensa que ya se hicieron valer y se agotaron ante los Jueces que conocieron de la causa. Luégo agrega:

"El pretexto del recurrente para intentar la revisión de las sentencias en que se le condenó a un año de presidio por el delito de heridas a Pablo Camelo, son unas copias tomadas de un juicio civil, encaminadas a demostrar que un lote de terreno, de donde fue a sacar unos animales ajenos, el día de los acontecimientos, era de su exclusiva propiedad, y no estaba embargado en un juicio ejecutivo que le tenía promovido su esposa.

"Pero esos documentos, aun en el supuesto de que no se hubieran conocido en los debates que dieron por resultado la condenación de Abril, no son capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del reo, ni son siquiera indicios graves de esa inocencia o inculpabilidad.

"Y no lo son, porque admitiendo que el terreno de donde Abril fue a sacar los animales ajenos fuera de su exclusiva propiedad y no estuviera embargado, él no podía administrarse justicia por su propia mano. La protección ha debido buscarla por las vías de la ley ante el mismo Juez que intervenía en aquel litigio, porque le estaba vedado ocurrir a las vías de hecho para restablecer la justicia violada."

Por su parte el recurrente funda su solicitud de revisión en el ordinal 5° del artículo 1° de la Ley 33 de 1909, que establece que hay lugar a recurso de esta clase "cuando después de una condenación llegue a producirse o revelarse un hecho nuevo, o se presenten documentos o comprobantes no conocidos al tiempo de los debates, capaces de establecer la inocencia o la irresponsabilidad del condenado, o cuando se presenten indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad."

Al efecto, acompaña una serie de documentos y declaraciones, tendientes a comprobar que el nueve de julio de mil novecientos veintinueve, al sacar de un lote de su propiedad unos animales pertenecientes a la denunciante en la causa, para llevarlos al coso, de orden de la autoridad, fue estorbado y atacado por cuatro individuos, llamados Pablo Camelo, Pablo Enrique Torres, Julio Pachón y Venancio Torres, y que en defensa de su propiedad y de su integridad corporal, gravemente amenazada, se vio en el caso extremo de disparar su revólver, causándole una herida a Pablo Camelo, hecho que se justifica ante la defensa de los derechos de su propiedad.

Para resolver, se tiene en cuenta:

Por dos aspectos, de acuerdo con las constancias de este expediente, puede decirse que el demandante Abraham Abril, por sí mismo y por conducto de su apoderado, solicita la revisión de la causa que se le siguió por el delito de heridas: por el aspecto de la legítima defensa de la persona y por el de la legítima defensa de la propiedad. El primero de estos aspectos debe considerarse completamente descartado de una vez, porque si es verdad, como lo dice el apoderado del recurrente, que para poder apreciar la sentencia condenatoria de Abril, en relación con los elementos probatorios de que es consecuencia, "se adujeron durante el término probatorio del recurso las declaraciones de los testigos Agustina Vergara (folio 44), Alejandrina López (folios 45 y vuelto), Isaac Neme (folio 41 vuelto) y Domingo Cabrera (folios 42 y vuelto), y se adujeron en copia las que estos mismos testigos presenciales y Eliseo Moncada rindieron en la causa, para que veáis cómo todos, a una, afirman que Abraham Abril fue atacado a palo por sus tántas veces nombrados agresores," si es verdad esto, se repite, no es menos cierto que tales declaraciones fueron estudiadas ampliamente por los juzgadores de instancia, especialmente por el señor Juez del Circuito de Chocontá. En la sentencia de éste puede verse cómo hace un claro estudio de lo que jurídicamente debe entenderse por legítima defensa, y cómo, conforme a las constancias del proceso, no puede decirse que Abril hubiera estado, en los momentos en que disparó sobre Camelo, en el preciso caso de legítima defensa personal. De manera que si ahora, con base en las declaraciones enumeradas, se apreciara la revisión, se convertiría ésta, como dice el señor Procurador muy acertadamente, en una tercera instancia. lo cual desvirtuaría completamente aquel recurso, según la ley y los principios que lo consagran.

Por el aspecto de la legítima defensa de la propiedad, que es sobre el que principalmente insisten, tanto el recurrente como su apoderado, se han presentado unos documentos tendientes a demostrar que el terreno del cual pretendía sacar Abril los animales, estaba bajo el dominio de éste, por no haber sido embargado, y por otros motivos que expresan los interesados. Pero fuera de que el hecho del dominio o propiedad plenos no se hallan inequívocamente establecidos en este informativo, porque, como puede verse, los linderos de que hablan los declarantes invocados por el demandante y su apoderado no coinciden exactamente con aquellos a que se re-

fiere, por ejemplo, el Registrador de Chocontá, y para establecer esa identidad seguramente habría que hacerlo sobre el terreno mismo; fuera de esto, repítese, es indudable que este aspecto de la legítima defensa tampoco presenta estrictamente un hecho nuevo, por cuanto que él ya fue materia de debate en las instancias, y allí ha debido presentarse con toda la amplitud del caso. Por otra parte, para poder considerarse aun en un caso extremo y dentro de una discusión hipotética, como hecho nuevo el aducido, habría que demostrar primeramente que el recurrente se halló de modo incuestionable en el caso de que trata el ordinal 3º del artículo 591 del Código Penal, y es lo cierto que aquí no se ha presentado, ni aparece en forma alguna, la prueba de tal circunstancia.

Por lo demás, acerca de la causal quinta alegada en este recurso de revisión, y con relación a la legítima defensa aquí alegada, la Corte tiene sentada ya doctrina, como aparece de la sentencia de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos veintiséis, en uno de cuyos apartes citó la Sala lo siguiente:

"Acerca de la causal quinta alegada, debe observarse que las circunstancias accidentales que los nuevos testigos agregan a las que aparecen en el proceso como concomitantes al hecho del homicidio ejecutado por Mozo en la persona de Medina o Silva, no constituyen en realidad un hecho nuevo, capaz de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, ni menos pruebas, indicialmente siquiera, de esa inocencia o irresponsabilidad. Efectivamente: al referirse la ley a hechos nuevos, entiende la Corte que los tales deben ser de una naturaleza semejante a los que aquélla expresa en las causales primera y segunda; hechos reveladores, con plena certeza, de que el delito no fue cometido, y que la responsabilidad que se atribuyó en el proceso constituye un flagrante error judicial; pero circunstancias como las que los testigos declaran, tendientes más bien a demostrar la existencia de una razón exculpativa, no son los hechos nuevos a que la ley se refiere, porque esa razón exculpativa debió ser apreciada dentro de las instancias del juicio por los Jueces de hecho y de derecho, con el objeto de determinar de modo preciso la condición jurídica del enjuiciado; esa circunstancia modificativa de la responsabilidad, debió ser alegada por la defensa en la oportunidad legal correspondiente, pues si ella fuera materia básica del recurso de revisión, no habría sentencia condenatoria que no pudiera ser revisada, desde luégo que con posterioridad a ella bien pueden obtenerse testimonios—como los aducidos aquí—que en alguna manera modifiquen los que se tuvieron en cuenta para dictar el fallo primitivo. La ley se refiere a hechos nuevos, reveladores de inocencia o irresponsabilidad, mas no a circunstancias nuevas que modifiquen el hecho primitivo, y que, como en el presente caso, tratan de colocar la actuación de Mozo en el caso de defensa legítima, sin tenerse en cuenta que los testimonios aducidos en pro de los intereses del sentenciado, los contrapasan las declaraciones del proceso que demuestran la responsabilidad de él en circunstancias diferentes.

"No todo hecho que pretenda acreditarse como distinto, después de la condenación, puede establecer el hecho nuevo, o presentar los indicios de inocencia o irresponsabilidad a que se refiere el numeral 5º, como capaces de fundar la revisión. Es necesario que del estudio del informativo se llegue a la conclusión de que esa nueva situación, de haber existido realmente, no se pudo establecer, por distintas causas, durante la investigación principal."

Lo expuesto es suficiente para concluír que no es el caso de acceder a la revisión solicitada.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la revisión demandada por Abraham Abril.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y archívese.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En su auto de fecha cuatro de octubre de mil novecientos veintiséis, el Juzgado 1º Superior de Tunja abrió causa criminal por los trámites en que interviene el Jurado contra Juan Clímaco Ortiz, por homicidio perpetrado en la persona de Adolfo Díaz. Consentido por las partes el enjuiciamiento, sólo después de largas y numerosas vicisitudes llegó a dictarse el veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y uno la sentencia de primera instancia, que en acatamiento al veredicto, condenó al acusado a la pena de nueve años de presidio y sus accesorias, como responsable en segundo grado de homicidio simplemente voluntario, con aplicación del artículo 600 del Código Penal; fallo que el Tirbunal Superior confirmó en el suyo, del cinco de abril último.

Oportunamente el defensor del procesado interpuso recurso de casación, por medio de escrito que es admisible para estudio de fondo.

Observa el señor Procurador que tanto la sentencia del Tribunal como el auto en que el recurso se concede, no le fueron notificados personalmente al procesado, como lo ha exigido invariablemente la Sala cuando se trata de sentenciado preso. Mas como en el presente caso Juan Clímaco Ortiz se halla y se hallaba gozando de libertad provisional, no hubo lugar al cumplimiento de aquel requisito, y, por consiguiente, ninguna informalidad se observa por ese aspecto.

La demanda de casación viene invocando la causal segunda, o sea la de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley, nulidad que, en sentir del recurrente, y con apoyo de unos mismos motivos, consiste en los vicios de actuación señalados por los ordinales 2º y 4º, artículo 265, de la Ley 57 de 1887, en cuanto afirma no haberse reemplazado a varios Jurados legalmente impedidos, omitiéndose en el sorteo el lleno de esa misma formalidad.

Los fundamentos de esta alegación, expuestos extensamente en la demanda, arrancan de la serie de incidentes que el proceso hubo de soportar con motivo de las muchas vicisitudes aludidas: el primer veredicto, negativo de la responsabilidad en todas las cuestiones propuestas, fue declarado notoriamente injusto; la segunda decisión de los Jueces de hecho hubo de invalidarse,

por estar uno de los miembros del nuevo Jurado impedido legalmente para actuar, sin embargo de lo cual concurrió a las audiencias y emitió su voto; el tercer veredicto lo invalidó el Tribunal, por referirse a los elementos de premeditación y asesinato, afirmándolos según el cuestionario propuesto, sin que esos cargos específicos figurasen en el enjuiciamiento. En fin, el cuarto y último veredicto, declarativo de la responsabilidad por homicidio voluntario, vino a servir para el fallo condenatorio que, confirmado por el Tribunal, hoy es materia del recurso de casación.

Hecha la declaración de injusticia notoria del primer veredicto, vino a quedar constituído el nuevo Jurado por los señores Benjamín Guerra, Alberto Strauch, Oliverio Leal, Luis J. Ayala y Vidal Salamanca. Este último se hallaba detenido al tiempo de las audiencias, y si pudo concurrir a ellas, debióse simplemente al permiso especial que se le concediera al efecto. Puesta esta circunstancia en conocimiento del Juez, se allegaron las comprobaciones conducentes y se decretó la nulidad de la celebración del juicio, disponiéndose allí mismo que se procediera a nuevo sorteo general de Jurados.

Verificóse el sorteo, pero como el Juez estimara que la nulidad decretada no tuvo otra causa que el impedimento relativo a Vidal Salamanca, y que la nulidad no alcanzaba a afectar a los miembros no impedidos, dispuso declarar la nulidad del sorteo general, a fin de que se hiciera nada más que un sorteo parcial para reemplazar a Salamanca.

Los otros miembros del Jurado manifestaron al Juez la creencia en que se hallaban de estar impedidos para actuar nuevamente en el juicio, por haber emitido su opinión íntima acerca de la responsabilidad. El resolvió que no era legal el impedimento, y el Tribunal, a virtud de apelación interpuesta, confirmó el proveído del Juez a quo.

Así quedó constituído, pues, el Jurado que pronunció el tercer veredicto, declarativo de la responsabilidad por homicidio premeditado, con circunstancias de asesinato, veredicto que invalidó el Tribunal, según atrás queda indicado. Y como mientras todo esto sucedía se presentó la necesidad de reemplazar varios miembros del Jurado, debido también a varias causas, los señores Antonio Reyes C., Alberto Strauch, Oliverio Leal, Pedro S. Becerra y Marco A. García integraron el Jurado que pronunció el cuarto y último veredicto.

Como puede observarse, dos de esos miembros, los señores Strauch y Leal, actuaron como consecuencia de su elección en el segundo de los sorteos generales verificados, esto es, el que se hizo para formar el Jurado que debió actuar como consecuencia del proveído sobre injusticia notoria del primer veredicto.

Debido a esta circunstancia, estima el recurrente que tales miembros—Strauch y Leal—estaban impedidos para actuar y proferir el último veredicto, pues dice que el ordinal 5°, artículo 243 de la Ley 57 de 1887, señala como impedimento para desempeñar el cargo de Jurado en determinada causa, el hecho de haber formado parte de un Jurado reunido anteriormente en el mismo proceso, bien sea de calificación o de acusación, que haya pronunciado veredicto respecto del acusado o acusados sobre uno o más de los puntos cardinales que fueron materia del Jurado de acusación o del de calificación, caso en el cual considera se encuentran los señores Strauch y Leal.

De la base de tal impedimento párte para deducir que debió reemplazárseles, y que como eso no se hizo, el proceso se halla viciado sustancialmente de nulidad, por la causal segunda, artículo 265, Ley 57 de 1887, ya citado, y como consecuencia por la causal cuarta, ibídem.

Considera igualmente que cuando el Tribunal declaró la nulidad del tercer veredicto, era del caso la convocación de un nuevo Jurado, mediante un sorteo general, en lugar de reunir el mismo, según lo dispuso allí el Tribunal; alegación que funda el artículo 329 de la citada Ley 57 de 1887, según el cual, "en el caso de nulidad, se procederá a formar un nuevo Jurado."

Resumidos los argumentos de la demanda, para resolver se tiene en consideración:

Siguiendo con detenimiento las vicisitudes a que estuvo sometido el juicio, se encuentra cómo, en realidad, la sentencia condenatoria recayó sobre un proceso viciado de nulidad sustancial.

Estuvo en lo cierto el Juez Superior cuando, como consecuencia de la anulación de las audiencias a virtud del impedimento del Jurado Vidal Salamanca dispuso, por auto que se encuentra ejecutoriado, que se verificara un nuevo sorteo general para escoger los miembros de la entidad que, como Juez de hecho, habría de decidir válidamente acerca de la responsabilidad del enjuiciado. Y no se advierte porqué el mismo Juez, después de verificado ese sorteo general, anuló la diligencia para disponer en su lugar nada más que un sorteo parcial de reemplazo, sin tener en cuenta el espíritu, significado y alcance del ordinal 5°, artículo 243 de la Ley 57 de 1887, que señala como impedimento para desempeñar el cargo de Jurado en determinada causa, el hecho de haber formado parte de un Jurado reunido anteriormente en el mismo proceso que haya pronunciado veredicto respecto del acusado o acusados sobre uno o más de los puntos cardinales que fueron materia del Jurado, caso en el cual se hallaban todas aquellas personas que, junto con Vidal Salamanca, concurrieron a pronunciar el veredicto que, aunque anulable, no por eso dejaba de ser la manifestación del íntimo convencimiento de quienes intervinieron, acerca de la responsabilidad del encausado, circunstancia que funda moralmente el impedimento establecido por el citado ordinal 5°.

Cierto es que el motivo generador de la nulidad de la audiencia, declarada por el Juez, decía y dice relación directa a la persona del Jurado Vidal Salamanca, y no a sus compañeros que concurrieron con él a suscribir el veredicto. Se trataba, es verdad, de un impedimento personalísimo, pero siendo necesaria la declaración de nulidad de la audiencia, es evidente que los otros miembros del Jurado vinieron a quedar también impedidos, no ya por la circunstancia que afectaba a Salamanca, sino por la muy clara de haber formado parte de un Jurado reunido anteriormente para decidir acerca de la responsabilidad, esto es, por haber juzgado de antemano al acusado según la conciencia de ellos, invariable ya en sus determinaciones, como puede presumirse.

Del impedimento apuntado nace el vicio de nulidad a que se refiere el ordinal 2°, artículo 265, Ley 57 de 1887, comoquiera que, quedando impedidos todos los miembros del Jurado, debió reemplazárseles mediante un sorteo general, única manera de continuar válidamente la actuación.

Existiendo, pues, como existe, el vicio apuntado, fundándose la causal segunda de casación en ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dic-

tado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley, y dejando a salvo el artículo 20 de la Ley 35 de 1888 el recurso de casación a que haya lugar, artículo que determina la oportunidad en que tales vicios deben alegarse, es indudable que, aunque las partes guardaran silencio en el acto del sorteo acerca del notorio impedimento que afectaba a los Jurados no reemplazados mediante un sorteo general, no está saneado el vicio en el procedimiento, porque en tales motivos de nulidad se funda precisamente la causal segunda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma el fallo recurrido, y en su lugar declara nulo lo actuado en el presente juicio, desde la diligencia de sorteo general de Jurados, inclusive, diligencia que volverá a practicarse, para seguir de allí en adelante la reposición de lo actuado.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.,** Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Parmenio Cárdenas en el fallo anterior.

El motivo de nulidad, con base en el ordinal 5° del artículo 243 de la Ley 57 de 1887, y el cual encuentra justificado la mayoría de esta Sala en el fallo anterior, se refiere, como en él se dice, al impedimento que tenía el Jurado Vidal Salamanca para intervenir como tál, por encontrarse detenido; no se trata, por tanto, de nada que se refiera a la sustancia o fondo del veredicto mismo, y en tal virtud encuentro que el fallo en cuestión está en abierta, clara y profunda pugna con varios anteriores, en que se ha sentado una doctrina distinta.

Mas lo que encuentro grave no es la contradicción, porque estas delicadas cuestiones jurídicas pueden estar sujetas cada día a rectificación, sino la circunstancia muy sensible de que no se explique ni estudie en el fallo el porqué de ese distinto modo de pensar, no obstante haberse tenido a la vista las decisiones anteriores. Entre ellas, puedo citar la pronunciada en la casación de José Rubén González, de fecha junio doce de mil novecientos veintiocho, y la de fecha septiembre diez y seis de mil novecientos treinta, en la casación de Oliverio Pabón Díaz, suscrita sin salvedad alguna por el mismo personal que integra actualmente esta Sala.

Se dijo en ellas:

"El artículo 243 de la Ley 57 de 1887, en su ordinal 5°, y no 4°, que se cita en la demanda, dice:

'Son impedimento para desempeñar el cargo de Jurado en determinada causa:

. . . . . .

'5° Haber formado parte de un Jurado reunido en el mismo proceso, bien sea de calificación o de acusación, que haya pronunciado veredicto respecto del acusado o acusados sobre uno o más de los puntos cardinales que fueron materia del Jurado de acusación o del de calificación.'

"Estudiado con detenimiento el alcance de este artículo, la conclusión es muy distinta de la que señala el recurrente. En efecto: el impedimento mencionado se refiere a aquellos casos en los cuales la intervención en un segundo Jurado, de aquellas mismas personas que integran el primero, puede menoscabar los fines que persigue la justicia, al ordenar la convocatoria de un nuevo tribunal de conciencia, como en los casos en que hay declaración de injusticia notoria. En esa situación, es natural que los primitivos Jueces de hecho estén impedidos para desempeñar otra vez el cargo en el mismo asunto, porque estando ligados con su veredicto anterior, tratarán de sostenerse en él, aun cuando no tengan razón, y entonces no se consigue el objeto que se propone la ley, que consiste en buscar un mayor acierto por medio de la concurrencia de distintos juzgadores.

"Cuando funcionaba el Jurado de acusación se justificaba también que no pudieran ser miembros del Jurado de calificación los que, formando parte del primero, habían optado por el llamamiento a juicio, con el fin de evitar todo peligro de prejuicio o prejuzgamiento.

"Mas esa disposición no puede extenderse a aquellos casos en que, como el presente, la necesidad de la reunión del nuevo Jurado no dependió de ataque al veredicto mismo, sino de una irregularidad proveniente de la falta de notificación del auto en que se señaló fecha para llevar a cabo el sorteo parcial, y entonces no existe incompatibilidad de parte de los que intervinieron como Jurados en la primera audiencia, para concurrir como tales en la segunda.

"De manera que al buscar la verdadera interpretación que debe dársele a la disposición que se viene examinando, el impedimento alegado no tiene, en realidad, el carácter de tál; conclusión que hace inútil el estudio de si el impedimento de que trata la mencionada disposición 243 de la Ley 57 de 1887, equivale a falta de cualidades, en el sentido que a ese concepto le da el artículo 265 de esta misma Ley en el ordinal 3°."

En todos esos fallos anteriores se ha dicho, como acaba de verse, que el ordinal 5° del artículo 243 de la Ley 57 de 1887, sólo tiene aplicación en determinados casos; y ahora se viene a decir que esa disposición es de carácter general, es decir, que siempre que media nulidad hay necesidad de proceder a sortear nuevo Jurado. Contra esta última tesis se pronunció también el señor Procurador en su vista de fondo, sin que se le hubiera contestado.

Parmenio Cárdenas

Bogotá, 14 de octubre de 1932.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y ocho de octubre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Vistos:

Evangelista Parra, condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a la pena principal de quince años de presidio, como responsable de homicidio premeditado en la persona de Miguel Virgüez, interpuso recurso de casación. Ni entonces ni después fundó legalmente el recurso; pues en el memorial que envió a la Corte, lo hizo en forma tan defecutosa, como lo anota el señor Procurador, que ni siquiera expresó la causal o causales que le sirvieran de fundamento, ni las razones claras y precisas de donde pudiera deducirse al

menos cuál o cuáles eran los motivos o tachas que pretendía hacer valer contra la sentencia recurrida.

Mas el señor Procurador, en uso de la facultad que le confiere el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, alegó como causal la de estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y como consecuencia, la de ser violatoria de la ley penal, por mala interpretación del artículo 584 y por indebida aplicación del 595, ambos del Código Penal.

Como fundamentos expone el señor Procurador, entre otros, los siguientes:

"En el auto de enjuiciamiento hizo mérito el Juez de la importantísima circunstancia de la premeditación, como elemento esencial que es el del homicidio premeditado, específicamente considerado por la ley, con determinación de los elementos que lo constituyen, a saber: muerte dada por un hombre a otro hombre, voluntariedad y deliberación o resolución previa de causar aquella muerte.

"Pero al formularle el cuestionario al Jurado lo hizo así:

'¿El acusado Evangelista Parra es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Miguel Virgüez, por medio de heridas, inferidas con instrumento contundente (garrote), cortante (peinilla) y punzante (puñal), habiendo reflexionado antes sobre su hecho y sobre los medios de ejecutarlo, todo lo cual tuvo lugar en una época cercana al dos de marzo de mil novecientos veintinueve, en el sitio denominado **El Calabozo,** jurisdicción municipal de Topaipí, de este Distrito Judicial?'

"El Jurado respondió, por mayoría de cuatro, en esta forma:

'**Sí,** habiendo reflexionado antes sobre el hecho, pero no sobre los medios de ejecutarlo.'

"Parece que el señor Juez tiene ya establecida la costumbre de preguntar en estos casos sobre reflexión, confundiendo ésta, que es un elemento de la premeditación, con la premeditación misma. Y es bueno que si se aceptan las razones que voy a exopner respecto de este punto, se le observe especialmente, para que corrija aquella manera de preguntarle al Jurado, y no exponga los veredictos a un resultado dañoso para los intereses de la justicia.

"De acuerdo con los principios jurídicos, la premeditación está vinculada a ese proceso que sigue la mente cuando el hombre ha tomado la resolución de ejecutar un hecho, y viene la reflexión dentro de la deliberación a examinar el hecho, sus consecuencias y los medios de ejecutarlo y a revaluarlo todo para dejar determinado el plan definitivo en forma que no fracase. Por consiguiente, entran como elementos esenciales de la premeditación, la resolución previa de ejecutar determinado hecho, la reflexión para combinar el plan definitivo y el tiempo necesario para pensar reflexivamente sobre esto, entre el momento de adoptar la resolución y la ejecución del hecho.

"Se comprende, por lo tanto, que la reflexión entra en la premeditación como parte componente, pero no forma por *sí* sola esa cualidad característica del delito específico homicidio premeditado."

. . . . . .

"Estas razones convencen de que la sola reflexión no es lo que constituye premeditación. Por eso, cuando el señor Juez preguntó al Jurado si Evangelista Parra era responsable de haber dado muerte a Miguel Virgüez, voluntariamente, habiendo reflexionado antes sobre el hecho y sobre los medios de ejecutarlo, no expresó la idea completa de premeditación, sino la de un elemento tan sólo de ésta. Es verdad que no hay ni debe haber fórmulas sacramentales. Pero sí hay palabras en la ley que deben ser empleadas forzosamente para comprender la idea integral que el legislador se propuso expresar cuando las empleó.

"Y cuando el Jurado respondió a aquella pregunta: 'Sí es responsable, habiendo reflexionado antes sobre el hecho, pero no sobre los medios de ejecutarlo,' dejó más incompleta todavía la idea de que el homicidio hubiera sido cometido con premeditación. Porque para que un hecho sea verdaderamente premeditado, no basta haber reflexionado sobre él, sino que es necesario haber planeado su ejecución, previendo los medios de ejecutarlo. En esa previsión, en ese análisis frío, indicativo claro de la perversidad del agente, está la razón filosófica de la agravante premeditación. Quien piensa en la ejecución de un hecho y procede a ejecutarlo locamente, sin cuidarse de los medios que han de servirle para llevarlo a cabo con toda seguridad, no puede haberlo premeditado completamente, y no puede decirse que el agente obró con reflexión. La lógica común se opone a tal concepto."

Se considera:

La escuela clásica, dicen algunos tratadistas de derecho penal, considerando solamente la cantidad abstracta de voluntad que entra en la ejecución de un delito, y descuidando la calidad concreta de esa voluntad y las disposiciones del delincuente, hizo de la premeditación la agravante más calificada, pues para esa escuela el acto premeditado es el acto libre por excelencia. Hoy, agregan esos tratadistas, se ha reaccionado contra este modo de pensar, y sostienen que para determinar la gravedad del hecho, debe atenderse, más que a la premeditación en sí, a los móviles o motivos determinantes, porque éstos tienen más importancia para la medida de la pena que el espacio de tiempo, más o menos largo, que separa la concepción del delito de su realización.

En un caso como el presente, se justifica muy bien la doctrina anterior, pues prescindiendo de la premeditación, la apreciación del conjunto de la personalidad del delincuente, derivada de la naturaleza de los móviles y de la forma y modo de ejecución del delito, pone de manifesto con toda claridad su especial peligrosidad, y con ella la gravedad del hecho cometido, como se deduce de la siguiente historia de los acontecimientos que hizo el fiscal de la causa:

"Proseguida la correspondiente investigación, se llegó al convencimiento de que dicho Virgüez había sido ultimado de manera feroz e inhumana, con anterioridad de varios meses; y fueron sindicados como responsables de tal delito, el referido Evangelista Parra y su concubina, llamada María de Jesús Virgüez, en su casa de habitación, ubicada en el mencionado Municipio de Topaipí, a eso de las tres y media de la madrugada del día sábado, dos de marzo del año pasado (mil novecientos veintinueve), por medio de dos garrotazos que le pegó con un trozo de leña; tres puñaladas que le causó con un cuchillo, y un peinillazo que le asestó con un machete. Que luégo Parra envolvió y cosió el cuerpo del muerto Virgüez, dentro de un encerado, y lo llevó, junto con la Virgüez (quien lo hizo obligada y amedrentada por Pa-

rra), hasta unos barrancos que hay cerca de la quebrada de **Los Chimes**, de donde lo llevaron, dos días después, a la enramada de la casa y lo echaron dentro de la hornilla que estaba prendida, cocinando la panela; que allí duró quemándose el cadáver dos días, que duró la molienda; y algunos fragmentos de los huesos de Virgüez fueron sacados por Parra, junto con las cenizas, y los trituró y dispersó por toda la estancia; algunos de estos fragmentos fueron hallados por el funcionario de instrucción, y se hallaban figurando, dentro del presente sumario, como partes materiales del cuerpo de este monstruoso homicidio."

. . . . . .

"Contra el mismo Parra pesan muy graves indicios, como son: el hecho de que las ropas del occiso hubieran quedado en la casa de aquél; el de que Parra tenía interés en la muerte de Virgüez, por asunto de la comunidad (de hecho) de algunos intereses, según aparece del informativo y de las indagatorias del sindicado, y el de haber tenido éste varios disgustos anteriores sobre intereses pecuniarios con el meniconado Miguel Virgüez."

A pesar de lo expuesto, como el Juez no es legislador, tiene que respetar las disposiciones vigentes, que ven en la premeditación el más alto grado de dolo, y así, es necesario examinar, si como lo alega y sostiene el señor Procurador, existe desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, por condenar aquélla por homicidio premeditado, siendo así que aquél sólo se refirió a la reflexión, que es uno de los elementos de la premeditación, pero que no puede confundirse con ésta.

La premeditación se caracteriza principalmente por la concepción y resolución firme, reflexiva, meditada y detenida de la ejecución, y por la persistencia en la resolución de delinquir.

Dentro de algunos casos de homicidio voluntario, puede el delincuente reflexionar sobre lo que va a hacer, y, sin embargo, no se puede decir que premedite. Así, el que mata "por una provocación, ofensa, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra grave, que inmediatamente antes del homicidio se haga al propio homicida, o a su padre o madre, abuelo....." (ordinal 1º del artículo 587 del Código Penal); por un peligro, ultraje o deshonra grave, que inmediatamente antes del homicidio tenía fundadamente el homicida, contra sí mismo o contra alguna de las personas expresadas en el numeral anterior (numeral 2º ibídem); o el que mata "por el deseo de precaver o impedir cualquier otro delito grave, que inmediatamente antes del homicidio esté cometiéndose o vaya a cometerse contra la Constitución, contra la seguridad de la Nación....." (ordinal 4º ibídem), puede alcanzar a meditar detenidamente, que es en lo que consiste la reflexión, y, sin embargo, jurídicamente no ha premeditado, porque ha faltado, entre otros elementos, la persistencia en la resolución de cometer el homicidio, y ha faltado esta condición, porque ella implica o exige el transcurso de tiempo necesario para el desarrollo del plan criminoso.

El que mata inmediatamente antes de una ofensa que se ha irrogado a un hermano, por ejemplo, y es uno de los casos de homicidio voluntario que acaba de mencionarse, puede no solamente pensar en el acto que va a realizar, por breve que sea el tiempo que transcurra, sino aun meditar, alcanzándose a dar cuenta de las consecuencias de su obrar. Puede haber entonces una reflexión, pero no de tal valor e intensidad que se llame fría, firme y detenida, ni menos puede decirse que ha habido constancia o permanencia en el propósito y resolución criminal, que son las condiciones señaladas por los expositores como constitutivas de la premeditación.

En síntesis: la reflexión es una operación del entendimiento, constituye el proceso estrictamente psicológico, mientras que la persistencia en el propósito criminal, y sobre todo la resolución de llevarlo a cabo en determinada forma y en ciertas condiciones, son actos que corresponden a la voluntad, porque se trata de aceptar, de querer, de consultar y poner por obra lo que ha surgido en el pensamiento y ha perdurado en él con mayor o menor reflexión. Hablar, pues, de premeditación, en sentido jurídico penal, simplemente porque ha mediado reflexión, es confundir el todo con uno de sus componentes.

De suerte que si el Jurado contestó en armonía con la pregunta que le fue formulada, que Parra era responsable de haber dado muerte a Virgüez, habiendo reflexionado antes sobre el hecho, tal respuesta no es suficiente para que el Juez de derecho imponga la pena que corresponde al homicidio premeditado.

Si en toda premeditación existe reflexión, no en toda reflexión, según se ha visto, va envuelto el concepto jurídico de la premeditación, y así es posible que si al Jurado se le interroga clara y concretamente sobre esta última circunstancia, su respuesta habría podido ser distinta, y ante esa duda, tratándose de un cargo tan grave, cuya apreciación, para efectos de la condena, no puede estar sujeta a deducciones más o menos aproximadas en relación con los términos del veredicto, se impone una interpretación favorable, siguiendo el principio tan antiguo como sabio de "in dubio favores sunt ampliandi et odia restringenda."

Dada la demanda de casación presentada y sostenida por el señor Procurador en forma muy inteligente, y haciendo un interesante estudio jurídico del punto controvertido, a la Corte no le corresponde examinar si en el proceso está o nó acreditada la circunstancia de la premeditación; le basta sólo tener en cuenta, en armonía con la causal alegada, el desacuerdo que existe entre la sentencia y el veredicto, y la aplicación indebida del artículo 595 del Código Penal, debiéndose, por tanto, casar el fallo y dictar el correspondiente de instancia.

Descartada la premeditación, la responsabilidad, en armonía con el veredicto, corresponde a la de un homicidio simplemente voluntario, sancionable con la pena de seis a doce años de presidio, según el artículo 600 del Código Penal, y la calificación se hace en primer grado, por las siguientes razones:

El artículo 117 del Código Penal, en el numeral 3º, primera parte, trae como circunstancia agravante la siguiente:

"La mayor malicia, premeditación y sangre fría que haya en la acción."

El homicida que en el mismo momento piensa, resuelve y ejecuta su acto criminoso a virtud de grave ofensa o de provocación, sufre un choque, una ruptura de su equilibrio, es acometido por una reacción repentina, brusca, que brota hasta cierto punto del fondo inconsciente de su organismo, no revela mayor peligrosidad, porque ha sido una fuerza externa y extraña a su voluntad la que lo ha llevado a delinquir.

No sucede lo mismo cuando, sin tratarse de homicidio premeditado, en el concepto específico en que es definido por el artículo 584 del Código Penal, existe, sin em-

bargo, reflexión, propósito dominado por un motivo o fin innoble, bajo, egoísta y perverso; entonces la personalidad del delincuente se da a conocer en toda su temibilidad, hasta el punto de que su acción delictuosa despierta inmediatamente en la sociedad las más espontáneas y encendidas protestas.

Concurre también la agravante que el ordinal citado enuncia en su segunda parte, así: "la mayor osadía," que quiere decir atrevimiento, audacia; "la mayor impudencia," que significa descaro, desvergüenza," y "el mayor artificio," o sea el disimulo y la cautela, como se deduce de lo que declara la concubina de Parra, cuando depone:

"Parra me intimó por la fuerza, que tenía que cargar el cadáver, y ayudárselo a llevar al punto que él me indicaría; como en efecto: después de envolver el cadáver en un encerado que cosió, lo ató a un palo, y en seguida me hizo que cargara adelante, intimándome que si no le obedecía me mataría, y conmigo, a mis hijos; pues me hizo cargarlo como dejo dicho, y me dio una vela encendida para ver el camino; serían más o menos las tres de la mañana, llegámos a la orilla de la quebrada así: hasta el llanito que queda adelante de la casa que queda junto al pastal, y que dista más o menos dos cuadras de la casa de habitación, se lo ayudé a llevar; y de ese rodadero que queda a la orilla del llanito indicado, él lo bajó en rastra, y lo dejó oculto en una peña y un hoyo que queda ahí junto a la quebrada, donde permaneció desde la hora indicada antes, el domingo, mientras Parra estuvo por La Palma, y el lunes a la media noche, hora en que lo sacámos de ahí y lo llevámos nuevamente a la casa donde murió, y allí lo arrojó al fuego y en la hornilla donde cocinaba la miel, pues a esa hora se entabló la molienda de caña.....; como después de seis días, el mismo Parra sacó las cenizas, y en ellas los fragmentos que habían quedado; cirnió las cenizas en un cedazo de palo de nacuma, separando lo que por el cedazo no podía salir; las cenizas que quedaban debajo del cedazo las había echado al pie de unas matas, pero después revolvió las cenizas con tierra al desyerbar las matas; los otros fragmentos los molió en una piedra, y después los llevó a la quebrada y los botó al agua....." (Folio 31 vuelto).

Complementa la agravante de la mayor audacia, desvergüenza y artificio, el siguiente acertado concepto que hace el Tribunal, y que tiene apoyo en las diligencias informativas:

"En efecto: Parra y Virgüez habían comprado en común el globo de tierra, objeto material del disgusto, a Paulino Anzola; el primero de ellos, o sea el procesado, arregló las cosas de modo que a él se le extendiera la escritura. Posteriormente, suplantando la persona de su concubina María de Jesús Virgüez con la de Tránsito Montenegro, le escrituró a aquélla, y seguidamente hizo que la Montenegro le volviera a escriturar a él; mas como temiese los reclamos judiciales de Virgüez, hizo aparecer un documento, conforme al cual éste le vendía las mejoras llevadas a cabo en el pedazo de tierra que cultivaba; y coronado su plan, no le quedaba cosa por hacer fuera del crimen consumado, de dar muerte a su desgraciado compañero. No otra conclusión se desprende de la lectura del proceso. Deseaba quedarse solo con la finca, y para este efecto no encontró su mente ignorante otro medio que, arreglados los traspasos de la propiedad, eliminar al condueño."

Todas las circunstancias que se han dejado mencionadas son de excepcional gravedad, y, por lo mismo, a esa gravedad tiene que corresponder la pena, en busca de su más completa individualización.

Ni siquiera hay lugar a tener en cuenta la atenuante de la buena conducta anterior, porque de lo mismo que se ha examinado, surge todo lo contrario.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente el fallo recurrido, y en su lugar resuelve:

Condénase a Evangelista Parra, como responsable de homicidio voluntario, en armonía con el veredicto del Jurado, dando aplicación al artículo 600 del Código Penal, y calificada la responsabilidad en primer grado (artículo 124, inciso 1°), a la pena principal de doce años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno. En cuanto a las penas accesorias, queda en pie la sentencia recurrida.

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

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, agosto treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En sentencia de veintisiete de febrero de mil novecientos treinta y uno, dictada en juicio ordinario, el Tribunal Superior de Bogotá decidió lo que sigue:

"Primero. La Nación está obligada a pagar a José Manuel Rodríguez & Compañía, Sociedad colectiva de comercio, domiciliada en esta ciudad, lo siguiente:

"**a)** El valor de la factura número tres mil doscientos doce, de fecha veintisiete de mayo de mil novecientos veintisiete, expedida por la Casa de Carlo de Nicolai & Compañía, de Milano, Reino de Italia, por siete fardos que contenían dril de algodón 'Manta Splendor,' fardos que llevaban la numeración 9228 a 9234, contramarcados con las iniciales J. M. R. & C°, y amparados con el manifiesto de la Aduana de Barranquilla número ciento veinte, de trece de julio de mil novecientos veintisiete.

"**b)** El seguro de los siete fardos de que trata el punto anterior, y a que se refiere la nota débito de Carlo de Nicolai & Compañía, de Milano, de fecha veintiocho de junio de mil novecientos veintisiete.

"**c)** Los gastos de embarque y transporte de los siete fardos a que se refiere la cuenta número tres mil ochenta y nueve, de S. Berola, fechada en Génova (Italia), el veinticuatro de junio de mil novecientos veintisiete; y

"**d)** El cambio de moneda y los intereses legales correspondientes.

"Segundo. En consecuencia de lo dicho en el punto anterior, se condena a la Nación a pagar a José Manuel Rodríguez & Compañía, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de ochocientos veintinueve pesos veintiocho centavos en moneda corriente colom-

biana, y los intereses legales que a esa suma correspondan, desde el veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiocho hasta cuando se efectúe el pago.

"En la presente condenación quedan incluídos todos los valores a que se refieren las declaraciones del punto anterior.

"Tercero. Se absuelve a la Nación de los demás cargos de la demanda.

"Cuarto. No está acreditada la excepción propuesta por el señor Fiscal."

Sirvió de base a dicho fallo la demanda dirigida contra la Nación por el doctor Luis A. Rodríguez Rey, en representación de la Sociedad colectiva de comercio domiciliada en Bogotá, y cuya razón social es la de José Manuel Rodríguez & Compañía, con el fin de que se hicieran estas condenaciones a cargo de la Nación:

"Primera. A pagar a José Manuel Rodríguez & Compañía, seis días después de ejecutoriada la sentencia que dé fin a la litis:

"**a)** La cantidad de seiscientos tres pesos con once centavos oro americano, a que asciende el valor de la factura número tres mil doscientos doce, de la Casa italiana de Carlo de Nicolai & Compañía, de Milano (Reino de Italia), por siete fardos que contenían dril de algodón, 'Manta Splendor,' que llevaban la numeración 9228, 9229, 9230, 9231, 9232, 9233, 9234, contramarcados con las iniciales J. M. R. & C^{a}, despachados por la Casa mencionada, de Milano a Génova (Reino de Italia), a S. Berola para el embarque, quienes los embarcaron en el vapor **Nápoli** hacia Puerto Colombia, el día veintiuno de junio de mil novecientos veintisiete, y llegaron a Puerto Colombia el día trece de julio de mil novecientos veintisiete, a la consignación de la Casa Vengoechea & Compañía, de Barranquilla (Colombia), destinados a la Casa de José Manuel Rodríguez & Compañía, de Bogotá; bultos de mercancía a que se refiere el manifiesto de la Aduana de Barranquilla, de quince de julio de mil novecientos veintisiete, número ciento veinte; la factura original de Carlo de Nicolai & Compañía, de veintisiete de mayo de mil novecientos veintisiete, girada de Milano, con el número mil ochocientos sesenta y seis, a favor del Banco Francés e Italiano, a cargo de José Manuel Rodríguez & Compañía, de Bogotá, para el veintiocho de septiembre de mil novecientos veintisiete, por oro americano.

"**b)** A pagar la cantidad de treinta y un pesos diez y seis centavos oro americano, a que asciende el aseguro de los siete fardos relacionados arriba, y que se refiere a la nota débito de Carlo de Nicolai & Compañía, de Milano, de fecha junio veintiocho de mil novecientos veintisiete, y la letra de cambio relacionada en el punto **a)**, de fecha veintisiete de mayo de mil novecientos veintisiete.

"**c)** La cantidad de un mil trescientos sesenta y nueve liras italianas, a que ascienden los gastos de transportes y demás gastos por embarque de los siete fardos relacionados y determinados arriba en el punto **a)** de esta demanda, y a que se refieren la cuenta número tres mil ochenta y nueve, de S. Berola, fechada en Génova (Italia), el veinticuatro de junio de mil novecientos veintisiete, dirigida a José Manuel Rodríguez & Compañía, de Bogotá, y la letra de cambio número tres mil ochenta y nueve mil seiscientos noventa y cinco, girada en Génova por S. Berola a favor de Carlo de Nicolai & Compañía a cargo de José Manuel Rodríguez y Compañía, de Bogotá, y endosada a la orden del Banco Francés e Italiano, de Bogotá; y

"**d)** La cantidad de cuatrocientos cincuenta y dos pesos con veintiocho centavos oro legal o moneda corriente, a que asciende el impuesto sobre importación o derechos de Aduana por importación de los siete fardos relacionados con el punto **a)** de esta demanda, y a que se refieren el manifiesto número ciento veinte, de la Aduana de Barranquilla, quince (15) de julio de mil novecientos veintisiete; la nota de aviso de Vengoechea & Compañía, de Barranquilla, de fecha agosto treinta de mil novecientos veintisiete, a cargo del Banco The Anglo-South Amarican Bank Ltd, de Barranquilla, girado a favor del Cajero de la Aduana por Vengoechea & Compañía, de Barranquilla.

"Segunda. A pagar a José Manuel Rodríguez & Compañía, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la litis, los intereses legales sobre las cantidades a que se refiere la primera condenación pedida, desde las fechas en que éstas fueron desembolsadas por la Casa José Manuel Rodríguez & Compañía, hasta el día en que haga el pago de ellas la Nación.

"Tercera. A pagar a José Manuel Rodríguez & Compañía, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la litis, el cambio de moneda sobre las cantidades a que se refieren las dos condenaciones anteriores."

Los hechos fundamentales de la demanda se expusieron en veintiocho numerales, que pueden resumirse en los siguientes:

Uno. La Casa Carlo de Nicolai & Compañía, de Milano, despachó a José Manuel Rodríguez & Compañía, según factura número 3212, de veintisiete de mayo de mil novecientos veintisiete, siete fardos de manta "Splendor," con un total de cuatro mil cincuenta y cinco metros siete centímetros, de acuerdo con pedido que éstos le habían hecho.

Dos. La expresada mercancía fue remitida a Génova, a la consignación de S. Berola, quien la embarcó en el vapor **Nápoli**, con destino a Puerto Colombia, a la consignación de Vengoechea & Compañía, comisionistas de José Manuel Rodríguez & Compañía.

Tres. El trece de junio de mil novecientos veintisiete, el vapor **Nápoli** descargó los mencionados siete fardos de manta 'Splendor,' en Puerto Colombia, donde fueron recibidos por la Aduana de Barranquilla, con anotación de los números y marcas exteriores que llevaban, puestos por la casa despachadora, a saber: 9228 a 9234, contramarcados con las iniciales J. M. R. & C^{a}.

Cuarto. Reconocidos los fardos por el empleado correspondiente de la Aduana, y abierto el marcado con el número 9228, fueron declarados "driles de algodón de color," con peso de 698 kilos, que corresponde exactamente al fijado al despachar la mercancía de Génova en el vapor **Nápoli**.

Cinco. Los fardos de que se trata se perdieron de los almacenes de la Aduana, durante el tiempo en que estuvieron en su poder para su reconocimiento y para la liquidación de los derecehos de importación, y no han sido entregados a José Manuel Rodríguez & Compañía ni a sus mandatarios.

Seis. Los derechos de importación de los siete bultos perdidos ascendieron a la suma de cuatrocientos cin-

cuenta y dos pesos veintiocho centavos, cantidad ésta que fue pagada al Cajero de la Aduana, mediante letra número 1014-A, girada por Vengoechea & Compañía el treinta de agosto de mil novecientos veintisiete, a cargo de The Anglo-South American Bank Ltd., de Barranquilla y a favor del expresado Cajero.

Siete. El valor de la compra de los referidos siete bultos de mercancía, fue la cantidad de setecientos tres pesos once centavos oro americano, suma que fue pagada por la Sociedad demandante a la Casa remitente, por medio de la cancelación de la letra número 1866, girada a cargo de José Manuel Rodríguez & Compañía, cancelación que se efectuó por medio del cheque número C 219976, del veintiocho de septiembre de mil novecientos veintisiete, a cargo de The Anglo-South American Bank Ltd.

Ocho. El valor del seguro de la mercancía expresada fue la suma de treinta y un pesos diez y siete centavos oro americano, pagada por José Manuel Rodríguez & Compañía, mediante la cancelación de la letra número 1866, girada a cargo de dicha Sociedad, según cheque número C 219976, de veintiocho de septiembre de mil novecientos veintisiete, a cargo del Anglo-South American Bank Ltd.

Nueve. El monto de gastos de pie de factura, como transportes, comisiones, embarques, etc., fue de mil trescientas sesenta y nueve liras, cantidad pagada por la Compañía demandante, según cheque que canceló la letra girada por S. Berola, el veinticuatro de junio de mil novecientos veintisiete; y

Diez. El valor del cambio del oro americano por moneda colombiana era, cuando se hicieron los pagos antes mencionados, del ciento dos y medio por ciento, y el de las liras el veintiocho por ciento.

La causa o razón de la demanda se expuso como sigue:

"La Sociedad José Manuel Rodríguez & Compañía introdujo por la Aduana de Barranquilla siete fardos de mercancías (telas o driles de algodón, denominados 'manta Splendor),' compradas, previo pedido, a Carlo de Nicolai & Compañía, de Milano, los que, embarcados por S. Berola, en Génova, llegaron a los almacenes de la Aduana de Barranquilla para su liquidación, reconocimiento y cobro de los derechos o impuesto de importación, y dentro de los mismos almacenes de la Aduana, después de reconocidos, liquidados y pagos los derechos de importación, se perdieron los siete bultos o fardos, antes de haberlos entregado la Aduana, razón ésta por la cual no pudo la Aduana de Barranquilla entregar los bultos a quien correspondía, por lo cual la Nación está en la obligación legal de responder por los valores de las mercancías contenidas en los siete fardos perdidos en poder de la Aduana de Barranquilla, como depositaria de los siete fardos o bultos, ya que la pérdida se efectuó durante el tiempo del depósito necesario."

Dijo el actor que en cuanto al derecho, fundaba su demanda en los artículos 2260 a 2264 y concordantes del Código Civil, así como en lo prescrito en el artículo 10, ordinal 1º, del Decreto ejecutivo número 533 de 1882.

El señor Fiscal 2º del Tribunal contestó la demanda, manifestando que por no estar suficientemente demostrado con los documentos acompañados a aquélla, que los bultos de mercancía allí referidos se encontraran definitivamente perdidos, ni que la pérdida, caso de estar consumada, se debiera a hecho o culpa de los empleados de la Aduana, se oponía a las condenaciones pedidas en la demanda. En punto a hechos, aceptó la mayor parte; negó otros, y dijo no constarle los restantes.

Llegada la oportunidad legal, profirió el Tribunal la sentencia, cuya parte resolutiva ya se conoce, contra la cual interpusieron apelación ambas partes.

Estando surtida la tramitación propia de la segunda instancia, procede la Corte a dictar el fallo que le compete.

De la siguiente manera expuso el Tribunal los fundamentos de su fallo:

"La cuestión de derecho sobre que versa este juicio, aparece estudiada por el Tribunal en la sentencia que, con fecha catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete, dictó en un juicio de la misma naturaleza de éste, adelantado por Stella Hermanos contra la Nación, sentencia que en lo que se va a transcribir fue acogida y transcrita por la Corte Suprema, en su fallo de nueve de julio del año próximo pasado. Dijo así el Tribunal en aquella sentencia:

'El legislador y el Poder Ejecutivo, con el fin de garantizar no sólo los derechos del Fisco, sino también los de los importadores, han dictado normas legales que reglamentan la importación de mercancías y que definen las relaciones jurídicas entre la Nación y los importadores; de otro modo, tanto los derechos del Fisco como los de los importadores serían de imposible, o por lo menos, de difícil efectividad.

'Una de esas normas, y de las más importantes, es la contenida en el artículo 10 del Decreto número 533 de 1882, que aún rige, y cuyo tenor literal es el siguiente:

'Las aduanas son responsables, en los términos en que la ley obliga a los depositarios:

'1º Por el valor de factura de los bultos de importación que haya recibido el Guardaalmacén más el flete, el seguro y el cambio de moneda, cuando deje de entregarlos a su tiempo al interesado.' (Diario Oficial número 5490).

'Este artículo está en perfecta armonía con las disposiciones que reglan el depósito necesario, porque si por el establecimiento y la reglamentación de las Aduanas de la República, los comerciantes importadores no son libres de depositar sus mercancías cuando llegan a puertos colombianos en cualquier punto, sino en las Aduanas respectivas, y ese depósito se recibe bajo la fe y responsabilidad de la Nación, síguese que es de forzosa aplicación el artículo 2260 del Código Civil, cuyo texto es el que sigue:

'El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina u otra calamidad semejante.'

"La Nación tiene doble carácter: persona de derecho y persona jurídica; como persona jurídica, es igual a las personas naturales, y actúa siempre por medio de convención o contratos; como persona de derecho público, generalmente no contrata, sino que actúa en virtud de su soberanía, por medio de leyes, decretos y resoluciones, que tienen el carácter de unilaterales, por ejemplo, cuando impone contribuciones, fija el pie de fuerza, reglamenta las aduanas. Esas son normas generales dictadas por la comunidad, y que obligan a todos sus miembros, aun contra su voluntad. Pero hay casos, y en esto están de acuerdo todos los expositores de derecho administrativo, entre otros Barthelemy, Goodnow, Santama-

ria Horiou, en que hay actos del Poder Público que tienen un carácter contractual, y en virtud de ellos se establece una relación jurídica bilateral entre el Estado y los particulares.

"Casos clásicos de éstos constituyen la delegación para administrar rentas y las relaciones que resultan entre el Estado y los que ejercen el comercio de importación o de exportación.

"Si el Estado ordena que las mercancías importadas se depositen en sus aduanas y obliga a ello a los comerciantes, bajo severas penas; si los comerciantes, por acatamiento a la ley, que tiene fuerza obligatoria, y por librarse de lo que los tratadistas llaman la penalidad civil, se ven forzados a depositar sus mercancías en los lugares señalados por el Estado, síguese que surgen entonces entre el depositante, el comerciante y el depositario, la Nación, las relaciones contractuales del depósito necesario.

"Como las relaciones se generan entre depositante y depositario, aquél nada tiene qué ver con la calidad de los empleados o subordinados de éste, porque ni los nombra ni le liga ninguna relación jurídica. Quiere esto decir que el depositante no puede correr las contingencias de los errores, faltas u omisiones de los empleados del depositario, como son los empleados de aduana, sino que de las faltas de éstos, que trasciendan en forma de perjuicio al depositante, responde el depositario. Los empleados de éste les son los responsables directamente, pero el depositario no puede excusarse con la falta de su dependiente.

"En tratándose de empleados públicos, éstos son responsables ante la Administración, sin que esto quiera decir que haya también casos en que su responsabilidad se extienda también respecto de los terceros lesionados, o perjudicados.

"Los textos citados, artículo 1º del Decreto 533 de 1882 y 2260 del Código Civil, son la síntesis de lo que acaba de expresarse: la constitución del depósito necesario y la responsabilidad del Estado por el valor de las mercancías depositadas por el importador.

"En el depósito necesario se extiende la responsabilidad del depositario hasta la culpa leve, artículo 2263 del Código Civil, y es sabido también que en toda clase de depósito el depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se han confiado en depósito (artículo 2253 ibídem)."

"Aparece comprobado en el expediente, en relación con la actuación deducida en la demanda y con los hechos en que se apoya, lo siguiente:

"1º El pedido de mercancías hecho por José Manuel Rodríguez & Compañía a Carlo de Nicolai & Compañía, de Milano, por conducto de P. Cappé, según aparece de la nota de pedido número 50, fechada en Bogotá el diez y nueve de enero de mil novecientos veintisiete. En esa nota se encuentran como especificaciones del pedido, entre otras, las siguientes: 4.000 metros de manta de algodón, a $ 0-17 oro americano el metro, marcada con el nombre de 'Manta Splendor,' con los que se debían hacer siete fardos, con la declaración consular de 'Dril de algodón de color'; el despacho debía venir a la consignación de Vengoechea & Compañía, de Barranquilla, con remisión de los documentos de embarque a los mismos; se encuentran determinadas las condiciones de seguro y las de reembolso; éste fue aceptado en un giro a 120 días, fecha de la factura, en cuanto al principal, y en lo relacionado con los gastos, en otro giro a ocho días vista.

"2º La aceptación del pedido, según se deduce de la carta de recibo de la nota número 50, fechada en Milano el veintiocho de febrero de mil novecientos veintisiete, que se encuentra a los folios 16 del cuaderno número 1º; y la remisión del mismo en el vapor **Nápoli**, de acuerdo con la factura detallada, que obra a folio 18, remisión hecha por conducto de S. Berola, de Génova, como aparece de los documentos de folios 20 y 21, fechado el primero en Génova, el veinticuatro de junio de mil novecientos veintisiete, y el segundo, en Milano, el veintisiete del mismo mes.

"3º Que ascendió a $ 703-11 en moneda de los Estados Unidos la factura de los siete fardos de dril de algodón, 'Manta Splendor,' según aparece de la que original forma parte el folio 17, extendida en Milano el veintisiete de mayo de mil novecientos veintisiete.

"4º Que la nota débito, correspondiente al valor del seguro de las mercancías, está extendida por la cantidad de $ 31-16, de la misma moneda (folio 19).

"5º Que los gastos de embarque y transporte de las mercancías, desde Italia hasta Barranquilla, están expresados en el conocimiento original que forma el folio 20, en la cantidad de 1,369 liras.

"6º Que esas cantidades fueron cubiertas por los importadores, según aparece de las letras que, originales, forman los folios 45 y 46, giradas, la primera contra José Manuel Rodríguez & Compañía, por Carlo de Nicolai & Compañía, en Milano, y a favor del Banco Francés e Italiano, de esta ciudad, y la segunda en contra de la misma casa importadora, por S. Berola, y a favor de Carlo de Nicolai & Compañía, y endosada por éstos a favor del mencionado Banco, letras que llevan las notas de aceptación y de cancelación con expresión de los números de los cheques girados a cargo del Anglo-South American Bank, por medio de los cuales se descargaron las letras por los girados.

"Esos cheques fueron traídos originales al expediente durante el término de prueba (folios 19 y 20 del cuaderno de pruebas del actor), por haberlos suministrado en esa forma el Banco a cuyo cargo se pusieron, y llevan las correspondientes notas de canje y de pago.

"7º Que según aparece de esos cheques, del certificado expedido por el Banco Francés e Italiano, que los recibió en pago, relacionado con el tipo del cambio, al cual se computaron las respectivas monedas extranjeras (folio 21 vuelto del cuaderno de pruebas del actor), y de las correspondientes operaciones aritméticas, los señores Rodríguez y Compañía tuvieron que dar $ 752-66 moneda corriente colombiana para cubrir los $ 734-27 de la moneda de los Estados Unidos, a que se refiere la primera de las mencionadas letras, y $ 76-66 de nuestra moneda, para cubrir las 1,369 liras, importe de la segunda letra, o sea un total de $ 829-28 en moneda colombiana.

"8º Que la mercancía llegó a Barranquilla y fue recibida en la Aduana, y amparada con el manifiesto número 120, de trece de julio de mil novecientos veintisiete, en el que consta, además, que fue reconocida, y se liquidaron los derechos de importación correspondientes, que ascendieron a la cantidad de $ 452-28, y que el veintiocho de agosto de mil novecientos veintisiete se entregó al interesado la copia de ese manifiesto, que obra a los folios 36 y 37 del expediente.

"9º Que las mercancías se perdieron en los almacenes de la Aduana, pues ni fueron entregadas por ésta a su destinatario, ni fueron sacadas a remate por la misma. Así consta de lo siguiente:

"Los señores Vengoechea & Compañía solicitaron en memorial presentado el doce de diciembre de mil novecientos veintisiete, que el Administrador de la Aduana informara si había constancia de que los bultos en cuestión habían entrado a los almacenes de la Aduana; si fueron reconocidos, y si había constancia de que les hubieran sido entregados después del reconocimiento y de haber pagado los derechos de importación. Se ordenó que el Almacenista General informara, y a esa orden recayó la siguiente información:

'Sección de Almacenes de la Aduana—Barranquilla, febrero 24 de 1928.

'Señor Administrador:

'Localizada la papeleta de entrega de carga, correspondiente al manifiesto número 120, del vapor **Nápoli**, de julio trece de mil novecientos veintisiete, ordenada para entrega por la Sección respectiva, con fecha noviembre catorce de mil novecientos veintisiete, que ampara siete (7) fardos de la marca J. M. R. & Co. A de T. Números 9228|34, reconocidos por el Reconocedor señor M. de Lavalle, como driles de algodón de color, con 652 kilos bruto, por cuenta de los señores José Manuel Rodríguez & Compañía, de Bogotá, presentado por los señorse Vengoechea & Compañía, Agente de Aduana de esta ciudad, se encuentra que la mencionada papeleta tiene la siguiente nota, firmada por el Ayudante de este Almacén, señor Cristóbal Calderón V.:

'Almacén número 8. L. M.

'Esta papeleta la entrega el señor Makensie, sin haber podido localizar la carga hasta la fecha.

'Febrero 16 de 1928.

'(Firmado), **Calderón V.**'

'Lo anterior pone de presente que la mencionada firma de los señores Vengoechea & Compañía, singatarios del presente memorial no ha recibido todavía los siete (7) fardos mencionados. Por el momento no puede precisarse si tales siete fardos se encuentran rezagados entre los cargamentos depositados en el Almacén número 8 de La María, o hayan sido desembarcados equivocadamente en otro almacén, o se hayan extraviado o entregado equivocadamente por otra carga, cuestiones éstas que necesitan especial investigación, y que hacen necesario que se terminen los inventarios generales de la Aduana, que se están levantando, para con vista del resultado, poder orientar mejor las diligencias que se originen.

'Soy de usted atento, seguro servidor,

'El Almacenista General, **R. A. Cortés U.—R. C. Parra V'.**

"En providencia dictada el veinticinco de febrero de mil novecientos veintiocho, se dispuso por el Administrador que se entregara original ese certificado como respuesta al memorial de Vengoechea & Compañía.

"Con fecha veintitrés de julio de mil novecientos veintiocho se solicitó por José Manuel Rodríguez, como socio de José Manuel Rodríguez & Compañía, un nuevo certificado, que fue expedido en los términos que a continuación se copian:

'504—Administración de la Aduana — Barranquilla julio 23 de 1928.

'El Administrador Tesorero de la Aduana, en uso de sus atribuciones legales, de conformidad con la precedente solicitud, y en vista del informe rendido por el señor Almacenista General, con fecha veinticuatro de febrero último, asímismo que de estudios posteriores,

'certifica:

'Que por el vapor **Nápoli,** llegado a Puerto Colombia el día trece de julio de mil novecientos veintisiete, vinieron a la consignación de los señores Vengoechea & Compañía, y por cuenta de los señores José Manuel Rodríguez & Compañía, de Bogotá, siete (7) fardos, contentivos de driles de algolón, distinguidos con los números 9228|34, y marcados J. M. R. & Co., los cuales fueron amparados por el manifiesto de Aduana número 120; y

'Que los fardos cuestionados no han sido entregados hasta la fecha a los interesados, por haberse perdido de los almacenes de la Aduana, después de reconocidos.

'Déjese constancia y devuélvase el original a los señores interesados.

'El Administrador,

'Hernando Carrizosa

'Por el Secretario,

'S. García R.'

"A continuación de cada uno de los certificados referidos aparece una constancia firmada por el Secretario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en que se autentica la firma del Administrador.

"A folio 5 del cuaderno de las pruebas pedidas por el Fiscal, figura el siguiente informe, rendido por el Secretario de la Aduana:

'Administración de la Aduana de Barranquilla — 12 de mayo de 1930.

'En cumplimiento del auto que antecede, de esta misma fecha, el suscrito Secretario de la Aduana informa:

'Después de la expedición del certificado 504, expedido por el Administrador de esta Aduana el veintitrés de julio de mil novecientos veintiocho, en el cual consta la pérdida de siete (7) fardos de driles de algodón, marca J. M. R. & Compañía, números 9228|34, no consta que se haya practicado ninguna otra diligencia sobre el particular, y por consiguiente, no se ha obtenido ningún dato sobre este negocio. No es posible afirmar con seguridad si la desaparición de tales bultos se debió a caso fortuito o fuerza mayor, puesto que nada se puso en claro, pero es de creerse que si desaprecieron de los almacenes, fue porque se entregaron erradamente en lugar de otros, o bien porque hubieren sido sustraídos subrepticiamente, tesis ésta que parece más verosímil, en atención al mal estado en que se encontraban las bodegas, y lo cual no se pudo constatar a tiempo, debido a la gran cantidad de mercancías que en esa época había en los almacenes.

'Con lo informado, doy por cumplido el auto referido de esa Administración.

'El Secretario de la Aduana,

'Alberto Corral Suárez'

"Y el Oficial de Remates informó así, según aparece al reverso del mismo folio:

'Barranquilla, 13 de mayo de 1930

'Señor Administrador de Aduana.

'Después de un detenido estudio de los libros de esta Oficina, no aparecen como entrados, y por consiguiente rematados, los bultos en mención en este expediente.

'Atentamente del señor Administrador,

'Oficial de Remates, **Alvarez**'

"Ahora, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 97 de 1923, en su artículo 1°: 'Los derechos por la importación de mercancías y los recargos legales, deben pagarse antes de que sean entregadas éstas en la Aduana u Oficina Postal respectiva'; y de acuerdo con la primera parte del artículo 5° de la Ley 22 de 1925, esos derechos deben pagarse directamente en la Aduana, y sólo en caso de que surja alguna dificultad, puede el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorizar el recibo en las Administraciones de Hacienda Nacional.

"Los artículos 3°, 4° y 5° de la citada Ley 97 de 1923, se refieren a los casos en que no se paguen dentro de cierto término los derechos de importación o no se retire dentro de ese término la mercancía de la Aduana, y autorizan para esos eventos el cobro de un impuesto de cincuenta centavos por cada bulto y por cada día de permanencia en la Aduana, y el remate de las mercancías después de vencido ese término.

"En el presente asunto, según se verá al estudiar la declaración pedida en el punto **d)** del primer capítulo de la demanda, no está suficientemente acreditado el pago de los derechos de importación; pero estima el Tribunal que en eso no hay obstáculo legal para impedir que se hagan las declaraciones a que se refieren los demás puntos del mismo capítulo de la demanda, pues no porque haya transcurrido el término de que tratan los mencionados artículos, puede entenderse que la Nación queda exenta de su responsabilidad de depositario, máxime si se tiene en cuenta que cobra un recargo por el retardo en el pago de los derechos de importación, computado sobre el número de bultos, y el de días que permanezcan en la Aduana, y porque la misma Ley ha establecido el procedimiento para terminar con el depósito en uno de esos casos, esto es, sacando a la licitación las mercancías.

"De manera que mientras el remate no se lleve a efecto, el importador conserva todos sus derechos sobre las mercancías importadas, en condiciones de poderlas retirar de los almacenes de la Aduana, pagando los derechos de importación y de depósito, u obteniendo las indemnizaciones correspondientes, en el caso de que se pierdan de los almacenes de la Aduana.

"Como consecuencia de lo dicho, se desprende que son procedentes las condenaciones pedidas en los puntos **a)**, **b)** y **c)** del primer capítulo de la demanda, pero no en la forma como allí se solicita, o sea en monedas extranjeras, porque las disposiciones legales citadas le dan a la presente acción de indemnización proveniente del descuido en que incurrió la entidad demandada, en su condición de depositaria de las mercancías importadas, y por consiguiente, sólo debe reembolsar al importador lo que éste pagó por los conceptos enumerados en el artículo 10 del Decreto número 533 citado, y lo pagado por José Manuel Rodríguez & Compañía por esos conceptos fue una cantidad de dinero en moneda colombiana, como aparece de lo dicho en los puntos sexto y séptimo de la relación de hechos probados que anteriormente se hizo.

"Cuanto a la declaración pedida en el punto **d)** del mismo capítulo, se tiene:

"Allí se pide en contra de la Nación la condenación por la cantidad de cuatrocientos cincuenta y dos pesos con veintiocho centavos moneda corriente, por derechos de importación de la mercancía perdida, cubiertos por el demandante.

"A esa declaración hacen refencia, de manera repetida y desordenada, que son dos características de la demanda que se estudia.

"Los hechos fundamentales, dinstinguidos con los números 13, 19 y 23.

"El 13 dice:

'Los derechos de Aduana o impuesto de importación por los siete (7) fardos del manifesto de Aduana de Barranquilla, número 120, fueron pagados al Cajero de la Aduana de Barranquilla, por The Anglo-South American Bank Ltd, de Barranquilla, según giro número 1014, girado por Vengoechea & Compañía, de Barranaquilla, que lleva fecha treinta de agosto de mil novecientos veintisiete.'

"El 19 dice:

'La cantidad a que ascienden los derechos de importación, o sea la suma de $ 452-28 moneda corriente colombiana, fueron pagados al Cajero de la Aduana de Barranquilla, o sea al Tesoro Nacional, por José Manuel Rodríguez & Compañía, según la letra a la vista, número 1014-A, a cargo de The Anglo-South American Bank Ltd. y a favor del Cajero de la Aduana, cantidad por la cual José Manuel Rodríguez & Compañía autorizó a ese Banco para el pago, y luégo les pagó en Bogotá, con recargos de intereses o comisión.'

"El 23 dice:

'José Manuel Rodríguez & Compañía pagó a la Nación, por medio de la Tesorería de la Aduana de Barranquilla, la cantidad de $ 452-28 moneda corriente, el trece de agosto de mil novecientos veintisiete, por valor de los derechos de importación a la República, de los siete fardos relacionados en los hechos anteriores.'

"Para acreditar esos hechos obran en el expediente los siguientes documentos de folios 52 a 61 del cuaderno primero:

"Una carta de aviso, con firma timbrada, en la que se lee: 'Vengoechea & Compañía,' fechada en Barranquilla el treinta de agosto de mil novecientos veintisiete, y dirigida a José Manuel Rodríguez & Compañía, de Bogotá, en la que se anuncian canceladas por el Cajero de la Aduana dos liquidaciones, una de las cuales corresponde a la de que trata este pleito; pero en el expediente no obran esas liquidaciones, canceladas por el Cajero de la Aduana.

"Otra carta de aviso, firmada por el Gerente del Anglo-South American Bank Ltd., fechada en siete de septiembre de mil novecientos veintisiete, y dirigida a José Manuel Rodríguez & Compañía, en que dan cuenta que la Sucursal de Barranquilla efectuó por cuenta del destinatario el pago del giro 1014, de Vengoechea & Compañía.

"Otra, cruzada entre las mismas personas, en la cual avisa el Gerente del mismo Banco que ha recibido el cheque por el pago de unos derechos de Aduana. Aparece fechada en ocho de septiembre de mil novecientos veintisiete, y no contiene ninguna determinación en relación con los derechos de Aduana a que se refiere.

"Un duplicado de la letra número 1014-A, girada en

Barranquilla el treinta de agosto de mil novecientos veintisiete por Vengoechea & Compañía en contra de The Anglo-South American Bank Ltd. y a favor del Cajero de la Aduana, por cuenta de José Manuel Rodríguez & Compañía, de Bogotá, por la cantidad de $ 452-28.

"Una carta del Subgerente del mencionado Banco, en que da cuenta del envío del referido duplicado de la letra.

"Una carta en inglés, que carece de traducción oficial.

"La contestación que la Contraloría Nacional dio en papel común, con fecha once de diciembre de mil novecientos veintinueve, a un memorial de los señores José Manuel Rodríguez & Compañía, en la cual se encuentra lo siguiente, transcrito como respuesta:

'..... el suscrito Cajero de la Aduana de Barranquilla,

'certifica:

'Que el día cuatro (4) de noviembre de mil novecientos veintisiete, canceló la Casa de Vengoechea & Compañía, las siguientes liquidaciones de Aduana:

'Comprobante número 50948, por.. .. .. ..$	262 61
'Comprobante número 51342, por..	452 28
'Comprobante número 64353, por..	224 16
Por un total de.... .. ..$	939 05

'Que este pago fue efectuado por el señor Pedro Vengoechea, socio de la mencionada Casa, en certificado a cargo del Banco Comercial de Barranquilla por.. .. ..$ 1,204 ..

'Suma que, alcanzando para el pago anterior por.. .. .. 939 05

'Dio un diferencia a favor del Pagador, de. 265 04 que el Cajero devolvió en dinero efectivo al mismo señor Pedro E. Vengoechea.

'El Cajero,

'(Firmado), **Manuel Abello Palacio**.....'

"A folios 26 vuelto a 27 del cuaderno de pruebas del actor, se encuentra un certificado expedido por el Gerente de la Sucursal en Barranquilla de The Anglo-South American Bank Ltd., del que aparece que en los legajos de comprobantes de esa Sucursal existe, entregada a la Sucursal por la Oficina de Compensación del Banco de la República, el primero de septiembre de mil novecientos veintisiete la letra número 1014-A, de que se dijo figura un duplicado en el expediente, y que ese giro fue pagado por la Sucursal, por conducto de la Oficina de Compensación.

"Esos documentos no son suficientes para acreditar el pago que la Sociedad importadora haya hecho de los derechos de importación a la Nación, pues todos ellos, a excepción de lo dicho por la Contraloría, emanan de quienes sin ser la entidad acreedora, sí tienen interés en que ese pago aparezca reconocido, y, por consiguiente, no pueden comprometer la responsabilidad ni los derechos de la Nación, aparte de que sólo lo dicho en el certificado expedido por el Gerente de la Sucursal de The Anglo-South American Bank Ltd. se refiere directamente al hecho de que el valor de los derechos de importación haya entrado a las cajas del Tesoro Nacional; pero ese certificado no puede tenerse como prueba el pago que se dice fue hecho a la Nación, porque, a más de lo ya dicho, o sea que proviene de quien tiene interés en que quede establecida la fectividad de ese pago, la ley no reconoce entre las pruebas legales para acreditar hechos como los de que aquí se trata los certificados expedidos por los Gerentes de los Bancos.

"El certificado expedido por el Cajero de la Aduana de Barranquilla, que se encuentra inserto en la nota de la Contraloría, tampoco sirve para acreditar plenamente el mencionado pago, porque aunque allí consta que se pagó por Vengoechea & Compañía la cantidad de $ 452-28, que es igual a la cantidad debida por el demandante por los derechos de importación, el certificado dice que ese pago corresponde al comprobante número 51342, y que el pago se hizo el día cuatro de noviembre de mil novecientos veintisiete, y del expediente no consta que aquel número sea el que corresponda a la liquidación contenida en el manifiesto número 120, y según los demás documentos presentados por el actor, y lo afirmado en la demanda sobre ese particular, el pago debió hacerse en una fecha anterior, o sea el treinta y uno de agosto de mil novecientos veintisiete (hecho 23 de la demanda), lo que indica que se trata de dos pagos diferentes que tuvieron el mismo importe.

"No está, pues, comprobado que la Sociedad importadora hubiera pagado los correspondientes derechos de importación.

"La segunda petición del libelo debe prosperar, pero no desde la fecha en que fue desembolsada por la sociedad demandante la cantidad de dinero a que deba extenderse la condenación, como allí se pide, sino desde la fecha en que se perdieron las mercancías, porque antes de esa fecha no tiene porqué pagar intereses la Nación, puesto que no había sucedido el hecho de donde directamente se deduce su responsabilidad, o sea la pérdida da las mercancías.

"Pero como no está establecido en el expediente el día preciso en que esa pérdida tuvo lugar, debe tomarse por tál para los efectos del punto de que se trata, la primera fecha sobre la cual hay constancia oficial de que las mercancías ya no se encontraban en los almacenes de la Aduana, y esa es la del veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiocho, que lleva el informa del Almacenista General, que se encuentra a folio 30 del cuaderno principal.

"El capítulo 3º de la demanda se refiere al pago del cambio de moneda. Ese cambio no puede ser otro que el que corresponda a la diferencia del valor de las monedas extranjeras al ser convertidas a moneda colombiana en la fecha en que el actor hizo el pago, y al hacer la condenación correspondiente a las puntos a), b) y c) del primer capítulo en la forma que se dejó expresada, el valor del cambio queda incluído en la respctiva declaración, como claramente se deduce de lo dicho en el punto séptimo de la relación de hechos comprobados.

"El señor Fiscal propuso como excepción en la contestación de la demanda, la de fuerza mayor o caso fortuito, que, como se dijo, no apoyó en ningún hecho ni en consideración de ninguna clase, y que tampoco resultó probada en el curso del juicio, siendo, por tanto, de ningún efecto para los resultados del juicio."

La Corte acoge la anterior exposición, por hallarla en un todo arreglada a la ley y al mérito de los autos, excepto en la parte referente a no aparecer comprobado que la sociedad demandante hubiera pagado los derechos de importación correspondientes a los siete fardos de mercancías extraviados de la Aduana.

Las razones principales en que se funda el Tribunal para estimar que no se encuentra establecido el referido pago son dos: que aunque en el certificado del Cajero de la Aduana de Barranquilla, inserto en la nota de la Contraloría, de once de diciembre de mil novecientos veintinueve, consta que por Vengoechea & Compañía se pagó la suma de $ 452-28, que es igual a la que la Compañía demandante debía por concepto de derechos de importación de aquella mercancía, el certificado dice que ese pago corresponde al comprobante número 51342, y que el pago se hizo el día cuatro de noviembre de mil novecientos veintisiete, y del expediente no consta que el número expresado sea el que corresponda a la liquidación contenida en el manifiesto número 120, y según los demás documentos presentados por el actor y lo afirmado en el hecho 23 de la demanda, el pago debió hacerse en una fecha anterior, o sea el treinta y uno de agosto de mil novecientos veintisiete.

"Lo relativo al primer punto, esto es, al número de la liquidación, se halla aclarado en la relación del Almacenista General de la Aduana, de treinta de junio de mil novecientos veintiocho (folio 32 vuelto, cuaderno 1º), en la cual se lee:

"Reconstruyendo definitivamente el asunto, y en vista de los documentos de esta Oficina, se encuentra que, efectivamente, llegaron como carga sobordada del vapor **Nápoli**, de julio trece de mil novecientos veintisiete, los siguientes bultos que aparecen chequeados individualmente en el libretín por el Ayudante, señor C. Insignares:

'J. M. R. & Cª. A. de T. Números 9228|9234, siete (7) fardos de dril.

'El manifiesto número 120—Regt. Número 288—Liquid. número 51342—que amparaba estos fardos, reconocidos por el Reconocedor señor Lavalle, sufrió todos los trámites legales, y en tal virtud la papeleta de entrega de carga respectiva e inclusa, aparece ordenada con fecha noviembre catorce de mil novecientos veintisiete, y tiene la siguiente nota.....

'El Almacenista General,

'R. A. Cortés U.'"

El documento preinserto suministra la prueba, echada de menos por el Tribunal, de que el número 51342 corresponde a la liquidación contenida en el manifiesto número 120.

El desacuerdo en cuanto a la fecha del pago del impuesto a que alude el Tribunal, estriba en que del certificado del Cajero de la Aduana aparece que dicho pago se efectuó el cuatro de noviembre de mil novecientos veintisiete, en tanto que en el hecho 23 de la demanda, se expresa que el pago del impuesto se verificó el treinta y uno de agosto del mismo año, fecha ésta que coincide con la de algunos documentos no oficiales que obran en el expediente. Esta constancia no es de suyo suficiente para desconocer que el pago a que hace referencia el certificado sea el correspondiente a los bultos de mercancía extraviados de la Aduana, pues esa correspondencia se halla establecida por el número de la liquidación, que ya se vio que es el de 51342, y por el monto del impuesto.

Conceptúa el señor Procurador en su alegato de conclusión, que la Compañía carece de acción para demandar la devolución del impuesto, por cuanto habiéndose causado éste por el hecho de la introducción de la mercancía, al cobrarlo la Nación, recibió lo que legítimamente se le adeudaba. A esta conclusión llega el expresado funcionario, por cuanto estima que la acción ejercitada por la parte actora es la de pago de lo no debido. Mas una lectura atenta de la demanda, convence de que no es la expresada acción la intentada, sino la de responsabilidad del depositario, por la pérdida de la cosa depositada. Así lo persuade la anunciación de la causa o razón de la demanda, en la cual se dice claramente que a la Nación se le exige la responsabilidad como depositaria de los siete fardos de mercancía perdidos durante el tiempo que permanecieron en los almacenes de la Aduana, y se invocan como fundamento de derecho de la demanda los artículos 2260 a 2264 del Código Civil, que hablan del depósito necesario y de la responsabilidad que en él incumbe al depositario.

Fundada en lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada, así:

Condénase a la Nación a pagar a José Manuel Rodríguez & Compañía, una vez ejecutoriado este fallo, la suma de mil doscientos ochenta y un pesos cincuenta y seis centavos moneda corriente, más los intereses legales de dicha cantidad, liquidados desde el veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiocho hasta cuando se efectúe el pago.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial**. Devuélvase a su tiempo el proceso.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis Felipe Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre dos de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Previa la demostración legal de su carácter de representante de la Société Européenne des Pétroles, Sociedad anónima, constituída conforme a las leyes del Estado francés, domiciliada en el número 15 de Rue D'Astorg, en París, y en calidad también de Gerente de la Sucursal de esta misma Sociedad en Colombia, con domicilio en Bogotá, el señor Henri Goblot, en memorial de fecha primero de septiembre de mil novecientos treinta y uno, y con fundamento en los artículos 16 de la Ley 37 y 35 y concordantes del Decreto 1270 de julio de 1930, provisto de los documentos que juzgó necesarios a su intento, ante el señor Ministro de Industrias hizo "formal propuesta al Gobierno Nacional para la celebración de un contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad de la Nación, en terrenos baldíos, situados en la región del Carare, que más adelante delimitó, en jurisdicción del Municipio de Bolívar, Departamento de Santander."

Allí mismo el proponente hizo la siguiente delimitación:

"El lote de terreno a que esta propuesta se refiere, es una zona de baldío continua, de cincuenta mil hectáreas de extensión, ubicada en la región del Carare, Municipio de Bolívar, Departamento de Santander, como va dicho, que tiene la forma de un rectángulo, uno de cuyos lados más largos está interceptado, en parte, por un lindero arcifinio, que es el río Ermitaño, linde a su turno del Territorio Vásquez, sobre el cual tiene una opción o derecho preferencial para la celebración de contratos

de esta clase el Departamento de Boyacá, según las Leyes 63 de 1890, 96 de 1896, 29 de 1921, 110 de 1922 y 37 de 1931.

"Los linderos del lote baldío de que se trata en esta propuesta, tal como aparecen en los planos reglamentarios que a la misma se acompañan, son los siguientes: partiendo de un punto arcifinio, que hemos denominado **Anca de Caballo**, situado en el vértice de una colina de 20 metros de altura sobre el río Ermitaño, en la región generalmente conocida con el nombre de **Los Indios**, colina que está constituída por areniscas duras del piso, de onda superior, y que determina una curva de dicho río, en donde lo corta la trocha de **La Sonrisa**, va a **Guineal**, punto que está señalado en el plano con la letra A, se sigue en línea recta con rumbo N. 20° E., una distancia de 21 kilómetros, 260 metros, hasta un punto señalado en el plano con la letra B; de este punto, en línea recta, perpendicular a la anterior, con rumbo N. 110° E., una distancia de 25 kilómetros, hasta un punto marcado en el plano con la letra C; de este punto, en línea recta, perpendicular a la anterior, con rumbo N. 200° W., una distancia de 21 kilómetros, 290 metros, hasta llegar al punto marcado en el plano con la letra D. De este punto D, en línea recta, perpendicular a la anterior, con rumbo N. 290° W., una distancia de 6 kilómetros, 700 metros, hasta un punto E, sobre el río Ermitaño; de E, por dicho río Ermitaño, aguas abajo, hasta el punto A', colocado exactamente al frente del punto A, y sobre la prolongación al SW de la recta BA, y desde A' a dar al punto A, primer lindero, con una distancia de treinta metros.

"Como puede verse en el plano, la línea recta EA', entre los extremos del lindero arcifinio, tiene una longitud de 18 kilómetros, 300 metros, y la longitud del expresado lindero, o sea el río Ermitaño, en la parte comprendida entre los puntos E y A', es de 42 kilómetros, 771-90 metros.

"El área total encerrada en el rectángulo A'BCD, es de 53,225 hectáreas, pero descontada la diferencia entre las áreas de los lotes A y B, que es exactamente de 3,225 hectáreas, resultan las cincuenta mil hectáreas de que se habló antes."

Admitida la propuesta, y sustanciada en la forma legal, dentro del término que fija el artículo 26 de la Ley 37 de 1931, en memorial de fecha treinta de enero de mil novecientos treinta y dos, los señores Camilo Vanegas Q. y Bernardo Duque Vanegas, en su propio nombre, declararon su oposición formal a la propuesta de que se ha hablado, fundándose en que el derecho de propiedad o dominio del petróleo a que la propuesta se refiere, les corresponde en su condición de únicos comuneros o condueños de los terrenos denominados Comunidad Vanegas, situados en jurisdicción del Municipio de Bolívar (Departamento de Santander), y del Territorio Vásquez (Departamento de Boyacá), porque—según ellos—el lote limitado en la propuesta, está comprendido dentro de la demarcación de los terrenos de tal comunidad, que le fueron adjudicados y entregados por el Juzgado 5° del Circuito de Bogotá, en el juicio de sucesión del Coronel Salvador Vicente Vanegas, protocolizado en la Notaría 4ª de este Circuito; demarcación que es como sigue:

"Del amagamiento del río Minero al río Carare, aguas arriba, hasta el amagamiento de la quebrada **Arenosa**; de este punto, a cuerpo derecho, a buscar un amagamiento en el río Magdalena, que entra un poco más arriba del río Nare, que está en la otra banda; Magdalena, aguas abajo, hasta encontrar un amagamiento; de este punto, a cuerpo derecho, hasta encontrar los nacimientos de la quebrada que forma una laguna que está en la cordillera; siguiendo ésta, a encontrar el amagamiento del río Guayabito en el río Carare, aguas arriba, por la banda occidental, a encontrar el amagamiento del río Minero en el río Carare, pasando al otro lado de éste, a buscar la cordillera que divide las vertientes del río Guayabito y El Horta, siguiendo éste hasta encontrar el camino del Carare, de aquí, a buscar el río Horta, aguas abajo por la banda del lado de la cordillera, hasta encontrar el amagamiento del río Dorado al Horta, aguas arriba hasta encontrar un mojón de piedra con la cifra V; de éste, a cuerpo derecho, línea recta oriente-occidente, a encontrar con el río Minero, aguas abajo, hasta su amagamiento en el río Carare, primer lindero."

Y concluyen:

"Basta localizar una y otra alinderación, como puede verse en el adjunto mapa oficial del Departamento de Santander, levantado por la Oficina de Longitudes del Ministerio de Relaciones Exteriores, para deducir que el lote pedido por la Compañía del señor Goblot queda situado o penetra dentro del perímetro de las tierras de que somos copropietarios. Si el Ministerio lo desea, puede verificar igualmente la exactitud de este hecho que afirmamos, sobre las cartas y mapas que han de existir en las oficinas de su dependencia, o sobre el propio terreno."

Como última parte de la actuación administrativa realizada en el Ministerio de Industrias, no obstante el concepto contrario emitido por la Sección Jurídica Administrativa del Departamento de Minas y Petróleos, aparece la Resolución del señor Ministro, con fecha diez y nueve de febrero de mil novecientos treinta y dos, donde se lee:

"Estima el Ministerio, apartándose en ello del concepto del señor Abogado, que presentada la oposición con documentos con que se pretende demostrar que el petróleo de que se trata es de propiedad particular y no le pertenece a la Nación, es el caso de dar cumplimiento al inciso 4° del artículo 26 de la Ley 37, de acuerdo también con el artículo 72 del Decreto ejecutivo número 1270, siendo a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia a quien corresponde en derecho calificar las pruebas presentadas.

. . . . . .

"Por lo expuesto, se resuelve:

"Suspéndese la tramitación de la propuesta a que se viene haciendo referencia, y envíese con los documentos que la acompañan, el escrito de oposición y las pruebas en que éste se apoya, con carácter devolutivo, a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para los efectos de los artículos 26 de la Ley 37 de 1931 y 72 del Decreto 1270 del mismo año. Désele aviso de este envío al señor Procurador General de la Nación para lo de su cargo."

Estos antecedentes autorizaron la actividad de la Sala de Negocios Generales en este asunto, al que se ha dado la tramitación que fijan el inciso 2° del artículo 1204 del Código Judicial y el 26 de la Ley 37 citada, con la correspondiente apertura a pruebas, con la previa resolución de la acción instaurada para obtener la exhibición de documentos, y con el criterio establecido en auto ejecutoriado, de que es a los opositores a quienes corresponde el carácter de actor en juicios de esta naturaleza. Ago-

tada, pues, la tramitación, se procede a fallar lo que corresponda, mediante la apreciación jurídica de las pruebas presentadas en orden a la demostración del derecho alegado, teniendo en cuenta las consideraciones que siguen:

Según el artículo 26 de la Ley 37 nombrada, el fundamento de la oposición debe referirse a la propiedad del petróleo que se trata de explorar y explotar; de consiguiente, las pruebas que deben presentarse han de referirse a la demostración de este derecho; y aunque la resolución que en estas circunstancias dicte la Corte, dada la naturaleza del juicio, breve y sumario, no hace tránsito a cosa juzgada, sí debe producir el efecto de autorizar al Gobierno para celebrar el contrato respectivo, si el fallo fuere favorable al proponente, "quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación ante el Poder Judicial," según lo conceptúa el inciso 5º del artículo citado. Es, pues, necesario en este caso hacer el análisis de tales pruebas, para decidir si en este juicio los opositores han demostrado el derecho que alegan como fundamento de su acción.

El señor Abogado del Departamento de Minas y Petróleos, en su exposición de fecha quince de febrero de mil novecientos treinta y dos, enumera, analiza y comenta las pruebas presentadas por los señores Vanegas Q. y Duque Vanegas, para fundar la oposición, en términos que la Corte acoge, por estimarlos jurídicos, así como también las conclusiones a que tal funcionario llega. Dice:

"Para fundamentar su oposición acompañan los siguientes documentos, los cuales, para mayor comodidad del estudio, se dividen en cuatro series:

"**Primera serie.** La constituyen estos:

"1º Una copia de la escritura de veintisiete de diciembre de mil setecientos setenta y tres, otorgada ante el Escribano de Su Majestad, por medio de la cual Salvador Vicente Vanegas cede a Bernardino Beltrán Pinzón la mitad de once o doce estancias, que hacen relación a un remate precedente. Se acompaña también otra copia de la escritura antedicha, sin atestación alguna de autenticidad, extendida en papel sellado, correspondiente al año económico de 1849-1850, y seguida de un memorial firmado por Bernardino Pinzón, del cual aparece que las dichas estancias están situadas 'encima de la peña que está sobre esta ciudad.' (la de Vélez).

"2º Una copia de la diligencia de partición, verificada en Vélez el once de agosto de mil setecientos noventa y ocho, sin atestación alguna de por quién fue sacada, extendida en papel sellado del año económico 1849-1850. En ella se dice que se le da a Bernardino Pinzón media estancia de tierra, de las descubiertas y cultivadas, alinderándola, que los herederos de Vicente Vanegas vendieron a Salvador de Ardila unas tierras correspondientes a las seis estancias que le tocaron a aquél, y que quedan 'por indivisas' entre el citado Bernardino y los herederos de Vicente Vanegas, las que están descubiertas. Este documento se refiere también a unas tierras ubicadas en el sitio de La Peña.

"3º Primera copia de la escritura de veintinueve de octubre de mil ochocientos cincuenta y cinco, otorgada en Vélez, por medio de la cual Domingo Antonio Téllez vende a Antonio María Díaz el derecho que le corresponde sobre las tierras del monte que compró a María Antonia Pinzón, y que se hallan proindiviso con los herederos de Salvador Vicente Vanegas, con los de Bernardino Pinzón y con los tres menores hijos de María Antonia Pinzón.

"4º Un documento privado, firmado en Vélez el tres de noviembre de mil ochocientos cincuenta y cinco, por Pedro Olarte y Antonio María Díaz, el primero por sí y como apoderado de José María Santamaría, en el cual se habla de las tierras que fueron de Salvador Vicente Vanegas, y que hoy son de Pedro Olarte, por compra a los herederos de éste; de Antonio María Díaz, por compra a Domingo Antonio Téllez, y representando los derechos de José María Santamaría, para hacer la división de las referidas tierras. Se alinderan cinco estancias de Olarte y tres estancias menos cuarto de Santamaría, conjuntamente con los derechos comprados a Téllez.

"**Segunda serie.** La forman estos documentos:

"1º Una copia del testamento otorgado por Vicente Vanegas ante el Escribano de Bogotá, el treinta de julio de mil ochocientos cuarenta y uno, en el cual declara que es hijo legítimo de Miguel Vanegas y Francisca Olarte; que fue casado con Presentación Bernal; que son hijos legítimos suyos Carlos, Camilo, Laura, Miguel y Hortensia, y que no posee bienes de fortuna.

"2º Unas declaraciones de Abel Ortegón y José María Quijano tomadas extrajuicio por el Juzgado 3º del Circuito de Vélez, protocolizadas por medio de la escritura número 243, de tres de junio de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría 2ª de Vélez, y en las cuales cada uno de los declarantes dice, entre otras cosas que no hacen al caso, lo siguiente:

'**a)** Sé y me consta, porque conozco los títulos de propiedad, que los señores Camilo Vanegas B. y Miguel Vanegas B. fueron dueños y poseedores de los terrenos situados en jurisdicción del Municipio de Bolívar, de este Departamento, que miden 150,000 fanegadas, y están alinderados así: (aquí los mismos linderos que dan los memorialistas).

'**b)** Sé y me consta que de instrumentos públicos, los señores Camilo Vanegas B. y Miguel Vanegas B. fueron declarados herederos del Coronel Vicente Vanegas, por consiguiente fueron poseedores de los terrenos de que trata el punto anterior.

'**c)** Sé y me consta que los señores Vanegas han sido, en la forma indicada en las preguntas anteriores, los únicos dueños y poseedores de los terrenos a que se refieren las preguntas anteriores, porque no han enajenado a ninguna persona los derechos que tienen en ellos y han estado en posesión.'

"3º Copias de las escrituras número 80, de dos de junio, y 151, de diez y nueve de octubre, otorgadas en mil novecientos veintisiete, en la Notaría 1ª de Vélez, de las cuales aparece que Miguel Vanegas B. vende a Camilo Vanegas Q. los derechos y acciones que le correspondieran al vendedor en la sucesión de su padre Vicente Vanegas.

"4º Copia de las escrituras números 1559, de veintiuno de mayo; 1628, de veintiocho de mayo; 2595, de veintinueve de agosto, otorgadas en la Notaría 2ª de Bogotá, en mil novecientos veintisiete, y 1956, de quince de octubre del mismo año, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, de las cuales aparece que Julia Vanegas de Duque vende a Bernardo Duque V. todos los derechos y acciones que le correspondieran a la vendedora en los terrenos denominados **Comunidad Vanegas**, como única heredera de Camilo Vanegas B., hijo de Vicente Vanegas.

"5º Hijuela de Bernardo Duque, en el juicio de sucesión de Salvador Vicente Vanegas, protocolizado por medio de la escritura número 2452, de veintitrés de diciembre de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, y en la cual se le adjudicó al nombrado señor la mitad de un lote de terreno situado, parte, en el Departamento de Boyacá, y parte en el de Santander, en los Municipios de Chiquinquirá y Bolívar, comprendido dentro de unos linderos iguales a los que dan los memorialistas.

"6º Hijuela de Miguel Vanegas B., en el juicio de sucesión citado en el número anterior, y en el cual se le adjudicó la mitad del lote de terreno citado en el mismo número.

"7º Tres certificados de libertad, expedidos uno por el Registrador de Vélez, y los otros dos por el Registrador de Bolívar, referentes al lote de terreno denominado **Comunidad Vanegas**, y que abarcan los lapsos comprendidos entre mil ochocientos sesenta y mil novecientos diez y siete, mil novecientos diez y siete y mil novecientos veintisiete, mil novecientos veintisiete y mil novecientos veintiocho.

"Tercera serie.

"1º Copia de la escritura número 404, otorgada en la Notaría de Puerto Berrío el siete de octubre de mil novecientos veintisiete, por medio de la cual Celso Pérez vende a Camilo Vanegas Q. unas mejoras que posee hace treinta años en los terrenos denominados **Comunidad Vanegas**, que el vendedor dice haber poseído a nombre de la citada comunidad.

"2º Copia de la escritura número 425, otorgada en la Notaría de Puerto Berrío el veintiuno de octubre de mil novecientos veintisiete, por medio de la cual Higinio López A. vende a Camilo Vanegas Q. unas mejoras que posee hace veintidós años en los terrenos denominados **Comunidad Vanegas**, que el vendedor dice haber poseído a nombre de la citada comunidad.

"Cuarta serie.

"1º Una copia de la escritura número 1608, de veinticuatro de mayo de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la cual Camilo Vanegas Q. confiere poder a Francisco Sáenz Arbeláez, en relación con asuntos que tocan con los terrenos denominados **Comunidad Vanegas**.

"2º Una copia de la escritura número 1798, de once de junio de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la cual Bernardo Duque Vanegas confiere poder a Francisco Sáenz Arbeláez, en relación con asuntos que tocan con los terrenos denominados **Comunidad Vanegas.**

"3º Una copia de la escritura número 1609, de veinticuatro de mayo de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, en la cual aparece un convenio celebrado entre Camilo Vanegas Q. y Francisco Sáenz Arbeláez, en relación con asuntos que tocan con los terrenos citados.

"4º Una copia de la escritura número 1199, de veintiuno de abril de mil novecientos veintiocho, otorgada n la Notaría 2ª de Bogotá, en la cual aparece un convenio celebrado entre Camilo Vanegas Q. y Francisco Sáenz Arbeláez, sobre cancelación de las escrituras relacionadas en los números 1º y 3º.

"5º Un documento firmado por Julia Vanegas de Duque y su marido Roberto Duque, del cual aparece que han celebrado un contrato con Sáenz Arbeláez en relación con los títulos que conciernen a la adjudicación que el Gobierno Nacional hizo al abuelo de la nombrada señora Vanegas, en veintiuno de octubre de mil ochocientos veinticinco, de 150,000 fanegadas en el camino del Carare, del Cantón de Vélez.

"6º Posiciones absueltas por Francisco Sáenz Arbeláez, a petición de Bernardo Duque Vanegas, y en relación con asuntos pertinentes a los poderes precedentes.

"De un examen detenido de los anteriores documentos aparece lo siguiente:

"Los documentos de la primera serie se refieren a unas tierras situadas en la Peña de Vélez, fácilmente localizables sobre el mapa de la Oficina de Longitudes, y que no quedan comprendidas, ni remotamente, en la propuesta de la Société Européenne des Petroles. Del último de ellos aparece que ni Salvador Vicente Vanegas (primero de ese nombre), ni herederos, poseían en mil ochocientos cincuenta y cinco derecho alguno sobre las once o doce estancias. Además, estos documentos no tienen ninguna relación con los otros, ni acreditan que las once o doce estancias pertenecieran en la época de su muerte al Coronel Salvador Vicente Vanegas. Por tanto, tampoco demuestran que a los sucesores del referido Coronel pasaron, a título de herencia, las tierras situadas en la Peña de Vélez.

"Los documentos de la segunda serie se refieren a un lote de terreno distinto del anterior, lo cual es fácilmente comprobable al localizarlo en el mapa de la Oficina de Longitudes. Por otra parte, los de la primera serie tratan de once o doce estancias, las cuales nunca pueden llegar a tener una extensión de 150,000 fanegadas, que es la cabida que le dan los memorialistas al terreno denominado **Comunidad Vanegas.**

"De los documentos de la segunda serie, los que deben examinarse, para el caso, son los relacionados en los números 2º, 5º y 6º.

"Las declaraciones a que se refiere el documento relacionado en el número 2º, nada valen para acreditar dominio. Los declarantes no afirman haber visto ejecutar actos de posesión o de dominio, sino que se limitan a decir que conocen los títulos de propiedad, según los cuales los señores Camilo y Miguel Vanegas B. fueron dueños, y que saben y les consta que de instrumentos públicos los señores citados fueron declarados herederos de Salvador Vicente Vanegas. Por tanto, esas declaraciones no tienen más fuerza de la que puedan tener los documentos a que ellas se refieren, puesto que los declarantes no deponen sobre hechos, sino que aseguran, en vista de esos documentos que dicen conocer. De modo que no se adivina porqué los memorialistas afirman que las declaraciones anteriores comprueban que los Vanegas B. han tenido la posesión de los terrenos en referencia por más de sesenta años, cuando los declarantes no afirman que los señores nombrados han poseído, sino que aseguran que ellos son poseedores, porque conocen los títulos de posesión, sin decir siquiera desde cuándo conocen esos títulos.

"En cuanto a las hijuelas de adjudicación, relacionadas en los números 5º y 6º, ellas no acreditan por sí solas el dominio sobre el terreno en cuestión. Las hijuelas de adjudicación en un juicio de sucesión no son títulos atributivos, sino declarativos de dominio. Al heredero no se le pueden transmitir más bienes que los que le pertenecían al difunto. Este es un punto claro en nuestra legislación, y al respecto es uniforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. (Números 1821, 1823,

1824 y 2084 del tomo I; 1861 y 1864 del tomo III, y sentencias de primero y treinta y uno de mayo de mil novecientos veintiocho).

"En consecuencia, para que las hijuelas de adjudicación de Miguel Vanegas B. y Bernardo Duque Vanegas probaran el dominio particular sobre los terrenos denominados **Comunidad Vanegas,** sería preciso que se demostrara que esas tierras habían pertenecido, a la época de su muerte, al Coronel Salvador Vicente Vanegas. Y es oportuno recordar aquí que, con arreglo al artículo 44 del Código Fiscal, existe una presunción en favor del Estado sobre la propiedad de las tierras, presunción que debe destruir quien considere que no son baldías por estimarse dueño de ellas, y que, de una manera indudable, a partir de la Ley 48 de 1882, los baldíos no pueden adquirirse por prescripción.

"Los documentos de la tercera serie no prueban sino lo que ellos dicen, es decir, que el señor Camilo Vanegas Q. compró unas mejoras a Higinio López A. y Celso Pérez, pero nada demuestran en cuanto a lo que se trata de probar, o sea a que los terrenos a que se refieren los memorialistas dejaron de pertenecer a la Nación desde antes de mil ochocientos setenta y tres, fecha de la reserva nacional.

"Los documentos de la cuarta serie tampoco demuestran nada respecto al punto en cuestión. Ellos se refieren a cuestiones y negocios particulares entre los sedicentes sucesores de Salvador Vicente Vanegas y Francisco Sáenz Arbeláez.

"De estos documentos de la cuarta serie es conveniente analizar el relacionado en el número 5º, por cuanto allí se habla de 'la adjudicación que el Gobierno Nacional hizo a nuestro abuelo, señor Vicente Vanegas, el veintiuno de octubre de mil ochocientos veinticinco, de 150,000 fanegadas en el camino del Carare, del Cantón de Vélez.'

"En efecto: el Gobierno Nacional celebró el veintiuno de octubre de mil ochocientos veinticinco, un contrato sobre adjudicación de tierras baldías con los señores Francisco de P. Vélez, Tomás Barriga, Joaquín París y José Ignacio París, por sí y a nombre del señor Vicente Vanegas, por 150,000 fanegadas, en el camino del Carare, del Cantón de Vélez. De modo que no ha habido adjudicación de 150,000 fanegadas a Vicente Vanegas exclusivamente. Las 150,000 fanegadas se le adjudicaron a Vanegas conjuntamente con los señores nombrados.

"Pero el contrato anterior fue declarado caducado, según aparece del Decreto ejecutivo de veintiséis de septiembre de mil ochocientos treinta y tres, publicado en el número 20, en la página 18, del **Registro Oficial**. De modo que por este concepto no pueden reclamar nada los herederos de Vicente o Salvador Vicente Vanegas.

"Como se ve de los documentos anteriores, no se sabe de dónde quieren hacer derivar sus derechos los memorialistas. Si pretenden que el dominio que dicen tener sobre los terrenos llamados **Comunidad Vanegas,** viene de las once o doce estancias que fueron de Salvador Vicente Vanegas (documentos relacionados con la primera serie), precisamente las pruebas presentadas sirven para acreditar que las once o doce estancias situadas en las cercanías de Vélez, en el sitio de La Peña, salieron del dominio del citado Vanegas; que tales once o doce estancias son unos terrenos absolutamente distintos de aquellos a que se refieren los memorialistas, y que no quedan comprendidos en la propuesta de la Société Européenne des Petroles. Si quieren hacer derivar su derecho del contrato celebrado el veintiuno de octubre de mil ochocientos veinticinco, tal contrato fue declarado caducado por el citado Decreto de veintiséis de septiembre de mil ochocientos treinta y tres.

"En resumen: los documentos presentados por los memorialistas acreditan:

"1º Que Salvador Vicente Vanegas fue dueño de once o doce estancias situadas en la Peña de Vélez, y que estas estancias, en el año de mil ochocientos cincuenta y cinco, habían salido ya del dominio de los herederos del citado Vanegas.

"2º Que las once o doce estancias no están comprendidas en la propuesta de la Société Européenne des Petroles.

"3º Que en mil novecientos veintisiete se adjudicó a los sucesores del Coronel Salvador Vicente Vanegas, en el juicio de sucesión de éste, un lote de 150,000 fanegadas, las cuales comprenden unas tierras distintas a las abarcadas por las once o doce estancias dichas.

"Hecho el anterior estudio, precisa examinar, a la luz de los artículos 26 de la Ley del Petróleo y 72 de su Decreto reglamentario, si la oposición a que se refiere el memorial de Camilo Vanegas Q. y Bernardo Duque Vanegas debe ser enviada a la Corte Suprema de Justicia, o si, al contrario, es el caso de adelantar la tramitación de la propuesta.

"Según el inciso 2º del artículo 26 citado:

'Mientras no hayan transcurrido sesenta días hábiles, a partir del cumplimiento de las formalidades dichas, toda persona puede oponerse al contrato propuesto, formulando su oposición por escrito ante el Ministerio respectivo o ante la Gobernación, Intendencia o Comisaría donde esté ubicado el terreno, y acompañando las pruebas en que funde tal oposición.'

"Como aparece del inciso transcrito, al memorial de oposición deben acompañarse las pruebas para fundarlo. De modo que no es indiferente el acompañar estas o aquellas pruebas, sino que se exigen las conducentes para fundar su oposición. De otro modo estaría al arbitrio de cualquiera entrabar la tramitación de las propuestas, en perjuicio de los derechos del Estado.

"Precisamente esto es lo que trata de evitar el inciso 4º del artículo 72 del Decreto ejecutivo número 1270 de 1931, al decir:

'Vencido el término señalado en el inciso anterior, sin que se hayan presentado la oposición y pruebas dichas, o si la oposición o las pruebas versan sobre pretendidos derechos que no sea o no tengan por fundamento el de propiedad sobre el petróleo, se adelantará la tramitación de la propuesta.'

"Obsérvese que el inciso transcrito pide que las pruebas se refieran al derecho de propiedad sobre el petróleo o que ellas tengan por fundamento tal derecho.

"Ahora: a fin de que las pruebas versen sobre los puntos dichos, ellas deben demostrar, o al menos ser indicio, de que antes de mil ochocientos setenta y tres los terrenos donde se encuentra el petróleo en referencia salieron del dominio de la Nación.

"En consecuencia, estimo que la oposición presentada por los memorialistas no cumple con el requisito exigido por el inciso 2º del artículo 26 de la Ley del Petróleo, y que es el caso de adelantar la tramitación de la propuesta, conforme a lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 72 del Decreto ejecutivo número 1270 de 1931, por cuanto los documentos presentados no versan sobre un

derecho que sea el del petróleo, ni tienen por fundamento el derecho de propiedad sobre el petróleo."

El señor Procurador General de la Nación, al contestar el traslado de la demanda de oposición, hace el siguiente estudio del primer cuaderno de las pruebas presentadas por parte de la Compañía proponente, que la Corte reproduce, por estar enteramente de acuerdo con lo que aparece en los documentos presentados. Dice:

"Ahora bien: como en virtud de lo que dejo expuesto, debéis entrar en el estudio de fondo de la cuestión relativa a la oposición misma, para resolver si ésta es o nó fundada, quiero contribuir a ese estudio con el próposito de poner muy en claro el ningún fundamento que tienen los opositores para su inaudita pretensión.

"Ellos se oponen a que la negociación proyectada entre la Nación y la Société Européenne des Petroles se lleve a efecto, y traen como razón fundamental la que exponen en el siguiente párrafo de su memorial de oposición:

'Tiene por fundamento esta oposición, el derecho de propiedad o dominio del petróleo a que se refiere la mencionada propuesta, que objetamos en nuestra condición de únicos comuneros o condueños de los terrenos denominados **Comunidad Vanegas,** situados en el Municipio de Bolívar (Departamento de Santander) y del Territorio Vásquez (Departamento de Boyacá), de conformidad con la exposición que sigue:'

"Sostienen que los terrenos sobre los cuales se trata de hacer la exploración, y luégo la fundación para la explotación de los petróleos, están enclavados dentro de los pertenecientes a la **Comunidad Vanegas,** y que éstos les pertenecen por haberles sido adjudicados y entregados por el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, en el juicio de sucesión del Coronel Salvador Vicente Vanegas, protocolizado en la Notaría 4ª de este mismo Circuito, bajo el número 2452, de veintitrés de diciembre de mil novecientos veintisiete. Hacen luégo la historia de la tradición de tales terrenos, y deducen que por ser dueños de ellos lo son también de los petróleos que el subsuelo contenga.

"Para que las conclusiones de los opositores fueran firmes, y por lo mismo dieran fundamento sólido a la oposición, sería necesario que la situación jurídica en que se encuentran aquellos terrenos respecto del derecho de dominio, no tuviera otra historia muy distinta y verídica, y que se demostrara con evidencia que antes del año setenta y tres, cuando entró a regir el Código Fiscal, y vinieron las reservas del Estado sobre los petróleos y otras riquezas del subsuelo, tales terrenos habían salido del poder de la Nación. Porque si esto último no se demuestra, aunque los opositores probaran dominio sobre los terrenos con tradición posterior a aquel año, carecerían de ese derecho sobre los petróleos, y por consecuencia, de fundamento para su oposición.

"Pero es que yo les niego hasta el derecho de dominio sobre los terrenos, y voy a demostrar la razón de mi negativa con la siguiente historia de los hechos cumplidos, que presentan toda la verdad desnuda de lo que ha habido y lo que hay con respecto a la propiedad de aquellas tierras:

"1º Allá en el año de mil setecientos cincuenta y tres había muerto el primer Vicente Vanegas que existió, y de quien dependen, por consanguinidad, los opositores. En ese año se practicaron los inventarios y la partición de los bienes relictos, y que figuraron en la sucesión de este señor, y en la hijuela de su hijo, el segundo Salvador Vicente Vanegas, cuyo segundo apellido es 'del Ferro', y de que descienden los dichos opositores, **no consta que se le hubiera adjudicado ningún terreno.**

"2º Este segundo Salvador Vicente Vanegas decía haber rematado ante el Juez Privativo General de Tierras, y en otros documentos constaba que le habían sido donadas al mismo por el Rey de España, once o doce estancias de tierra de ganado mayor, de la mitad de las cuales hizo cesión y traspaso, a título de dación en pago, a Bernardino Beltrán Pinzón, por medio de la escritura pública del veintisiete de diciembre de mil setecientos setenta y tres. Esas tierras **están situadas en los alrededores de la ciudad de Vélez.**

"3º El mismo Salvador Vicente Vanegas del Ferro pidió licencia por conducto de su apoderado Pedro José Hinestrosa, ante la Audiencia y Cancillería Real, para vender una y un cuarto de estancia de tierra del vínculo fundado por Juan de Angulo Royo, en la hacienda de **San Bernabé del Brazil o del Brazuelo,** jurisdicción de Vélez. La Audiencia y Cancillería Real concedió tal licencia por medio del auto de trece de enero de mil setecientos sesenta y ocho.

"4º Consta en la partición de los bienes de la sucesión de Salvador Vicente Vanegas del Ferro, cuyo juicio se siguió en el año de mil setecientos ochenta y ocho, y fue protocolizado en la Notaría 1ª del Circuito de Vélez, que las cinco y media estancias de tierra que le quedaban después de la venta hecha a Bernardino Beltrán Pinzón, fueron repartidas entre sus hijos Miguel, Vicente, Joaquín, Clemencia y Emigdio Vanegas Pinzón.

"5º El siete de julio de mil setecientos noventa y cinco pidió Miguel Vanegas al Alcalde Ordinario de Vélez que recibiera unas declaraciones sobre la conveniencia de permutar dos estancias de tierra del vínculo fundado por Juan de Angulo Royo, por otras de la **Peña de Vélez.** La Audiencia y Cancillería Real concedió la licencia para hacer la permuta, el día diez y seis de diciembre del año citado.

"6º Los herederos del tercer Vicente Vanegas, que quedó citado en el punto cuarto, pidieron la práctica de los inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión de éste, práctica que se llevó a efecto el día veinticinco de enero de mil ochocientos treinta y ocho. Estas diligencias quedaron en el protocolo de la Notaría 1ª del Circuito de Vélez, y consta en ellas que solamente fueron inventariadas una casa, situada en la plaza de la ciudad de Vélez, y un principal de mil ciento sesenta pesos, procedente de la venta que el causante había hecho de las tierras de **Ture.**

"7º Consta en la escritura pública número 447, de veintiuno de diciembre de mil ochocientos cincuenta y cinco, otorgada en la ciudad de Vélez, que Pedro Olarte, como dueño de cinco estancias de tierra de las de **La Peña de Vélez,** que dijo haber comprado a los herederos de Vicente Vanegas, y Antonio María Díaz, como dueño de cuatro y tres cuartos de estancias de las mismas tierras de la **Peña de Vélez,** compradas por él al doctor Domingo Antonio Téllez y como apoderado de José María Santamaría, dueño de dos y tres cuartos de estancia de las citadas tierras, se dividieron las once o doce estancias que fueron de Salvador Vicente Vanegas del Ferro.

"8º Como se ve, hasta mil ochocientos cincuenta y cinco nada tenía, en cuanto a tierras, en aquella región de Vélez la familia Vanegas, que las únicas once o doce estancias que pertenecieron a Salvador Vicente Vanegas del Ferro, las traspasaron sus descendientes, hasta ve-

nir a parar a los señores Pedro Olarte, Antonio María Díaz y José María Santamaría.

"9º Hijo de Miguel Vanegas Pinzón, y nieto, por consiguiente, de Salvador Vicente Vanegas del Ferro, fue el Coronel Vicente Vanegas Olarte, quien habiendo casado con Presentación Bernal, tuvo varios hijos en ella, entre los cuales se nombran Miguel Vanegas Bernal, María Victoria Vanegas Bernal y Camilo Vanegas Bernal. Hijos de Miguel y de Camilo Vanegas Bernal fueron, **respectivamente, Camilo Vanegas Quintero** y Julia Vanegas de Duque. De esta última es hijo **Bernardo Duque Vanegas,** quien, con Camilo Vanegas Quintero, citado, han formulado la oposición a que me refiero.

"10. En el año de mil ochocientos veinticinco se celebró un contrato, por el cual el Gobierno Nacional hizo concesión a Francisco de Paula Vélez, Tomás Barriga y Brito, Joaquín y José Ignacio París y Vicente Vanegas Olarte, de **ciento cincuenta mil fanegadas de tierras baldías,** en el camino del Carare, para colonizarlas con europeos y norteamericanos, en el término de seis años, contados desde seis meses después de la fecha del contrato. Se comprende, desde luégo, y quiero subrayarlo, que de esas ciento cincuenta mil fanegadas de tierras baldías venían a corresponder a cada uno de los contratantes tan sólo **treinta mil.**

"11. Pero ese contrato vino a ser declarado en caducidad, por medio del Decreto ejecutivo de veintiséis de septiembre de mil ochocientos treinta y tres, por causa de no haber cumplido los contratistas con el Gobierno sus obligaciones allí impuestas, y de esta manera, las **ciento cincuenta mil fanegadas** de tierras baldías volvieron desde entonces al poder de la Nación.

"12. Fue por esto, y nó por lo que dicen los opositores, por lo que en el año de mil ochocientos cuarenta y uno, antes de ser fusilado por traidor a la Patria, según lo reza el fallo, el Coronel Vicente Vanegas y Olarte declaró en su testamento **que no poseía bienes ningunos de fortuna.**

"13. Queda así demostrado que ni por razón de herencia de sus antepasados, ni por razón de aquella concesión, tenía el Coronel Vicente Vanegas y Olarte tierras en aquellas regiones para dejarles a sus herederos.

"14. Pero los opositores quieren hacer derivar sus derechos de compras hechas por Camilo Vanegas Quintero a su padre Miguel Vanegas Bernal, de los derechos y acciones que éste dijo tener en las **ciento cincuenta mil** fanegadas de tierras que el Gobierno dio a su padre, el Coronel Vicente Vanegas, en octubre de mil ochocientos veinticinco, venta de que da cuenta la escritura número 47, de veinticuatro de marzo de mil novecientos veintisiete, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Vélez, y de los derechos que el mismo Miguel Vanegas Bernal dijo tener en un terreno del Municipio de Bolívar, del Departamento de Santander del Sur, y que dijo había adquirido por herencia de su padre el Coronel Vicente Vanegas; venta ésta que consta en la escritura número 80, de dos de junio de mil novecientos veintisiete, otorgada ante el mismo Notario, y por Bernardo Duque Vanegas, a su madre Julia Vanegas de Duque, quien, en escrituras números 1551, de veintiuno de mayo de mil novecientos veintisiete, y 1628, de veintiocho de mayo del mismo año, otorgadas ambas ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá, dijo venderle con licencia de su marido Roberto Duque, pero **sin la licencia judicial** correspondiente, los derechos y acciones que dijo tener en unos terrenos situados en el Municipio de Bolívar, del Departamento de Santander del Sur, adquiridos por herencia de su padre Camilo Vanegas Bernal, **de quien, no consta que se haya seguido juicio de sucesión.**

"15. Por lo que respecta a la transmisión del dominio de las tierras de la concesión, por herencia del Coronel Vicente Vanegas a sus hijos Miguel y Camilo Vanegas Bernal, hay que observar, además de que esa transmisión no pudo efectuarse por cuanto antes de morir él, ya la concesión había caducado, y por lo mismo nada tenía en ellas, el hecho muy importante de que **habiendo un testamento** otorgado por dicho señor en mil ochocientos cuarenta y uno, se vino a seguir sucesión **intestada** más de ochenta y seis años después de su fallecimiento, ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, y se protocolizó ante el Notario 4º del mismo Circuito, el veintitrés de diciembre de mil novecientos veintisiete, por medio de la escritura número 2452, y el más importante aún de que tal sucesión no fue registrada en el Circuito de Vélez, ni en ningún otro lugar de Santander del Sur, en donde están situadas las tierras, y sólo se registró en Bogotá el veintiuno de octubre de mil novecientos veintisiete.

"Es bueno que se sepa ahora el por qué se siguió aquella sucesión del Coronel Vicente Vanegas Olarte a más de los ochenta y seis años de su fallecimiento, y en condición de **intestada,** cuando **existía un testamento otorgado** por él en mil ochocientos cuarenta y uno.

"Los opositores Camilo Vanegas Quintero y Bernardo Duque Vanegas han pretendido una negociación de venta de aquellas tierras a la Sociedad denominada **Texas Petroleum Company.** Mas como por no tener una titulación clara y definida en su favor, esa negociación tenía que fracasar, resolvieron en mil novecientos veintisiete seguir la sucesión del Coronel Vicente Vanegas Olarte, abandonando el testamento en que decía el testador que no tenía bienes ningunos de fortuna, para hacer inventariar en el respectivo juicio, denunciándolas **con juramento,** y alinderándolas a su arbitrio, porque en ninguna parte constan los linderos de las once o doce estancias de tierras que se dice pertenecieron a Salvador Vicente Vanegas del Ferro, ni de las ciento cincuenta mil fanegadas concedidas al Coronel Vicente Vanegas Olarte y compañeros, y luégo hacérselas adjudicar en la partición.

"Pero ya está visto, en la relación histórica anterior, que ni por herencia de sus antepasados tenía el citado Coronel Vanegas derecho alguno para transmitirle a sus herederos en las once o doce estancias de que se ha hablado, ni lo tenía en las ciento cincuenta mil fanegadas concedidas, porque la concesión **había caducado** antes de morir él. Por consiguiente, y porque el causante sólo puede transmitir a sus herederos lo que tenga suyo por derecho de dominio al tiempo de su muerte, la sola adjudicación hecha en la partición a los herederos no basta para comprobar a su favor el derecho de dominio sobre los bienes adjudicados, sino que es necesario que se compruebe también el derecho que sobre tales bienes tenía el causante.

"Y como los señores Camilo Vanegas Quintero y Bernardo Duque Vanegas no han comprobado lo último, ni pueden comprobarlo, porque ya está demostrado que su causante nada tenía en aquellas tierras, sostengo que estos señores tampoco tienen nada allí, y por lo mismo, el derecho que alegan sobre esos terrenos es meramente imaginativo. Si no tienen derecho en las tierras, menos lo pueden tener por razón de sus títulos en los petróleos que contenga el subsuelo, y desde este punto de vista su oposición es perfectamente infundada.

"Pero es que ni por prescripción adquisitiva pueden tener derecho, como quizás pudiera pensarse y alegarse, porque para que ésta se cumpla, y el derecho de dominio se adquiera por este modo, es necesario que el prescribiente haya poseído con actos de dominio las tierras sobre que pretende prescripción, por el tiempo que señala el Código Civil. Y yo sostengo, con negativa rotunda, y ellos no podrán demostrar lo contrario, que ni sus antepasados ni ellos mismos han tenido esa posesión desde que se declaró caducada la concesión y volvieron a poder del Estado las tierras concedidas.

"Por otra parte, vueltas aquellas tierras a ese poder, quedaron en condición de bienes del Estado, adquiridos por derecho de soberanía, y quiero sostener también, porque esto es lo jurídico, conforme a los principios de nuestro derecho, que esos bienes no son susceptibles de prescripción. Luego por este concepto hay hasta la imposibilidad jurídica de la adquisición por el modo de que se viene hablando.

"Con fundamento en las razones que dejo expuestas, me opongo en nombre de la Nación a que se declare fundada la oposición hecha por los señores Camilo Vanegas Quintero y Bernardo Duque Vanegas, a la propuesta de contrato formulada por la Société Européenne des Petroles para la exploración y explotación de petróleos de la Nación en los terrenos de que se ha dado cuenta en este juicio."

Estas exposiciones demuestran hasta la evidencia que ya en mil ochocientos cincuenta y cinco, las once o doce estancias de ganado mayor que antes habían pertenecido a la familia Vanegas, y que estaban ubicadas en la región de Vélez, habían salido de su dominio para entrar al patrimonio de los señores Olarte, Díaz y Santamaría, y que por este aspecto los actuales reclamantes carecen de derecho para sustentar su acción.

Tampoco han demostrado tenerlo con fundamento en la concesión de tierras, otorgada en mil ochocientos veinticinco, pues tal concesión fue caducada en mil ochocientos treinta y tres, por causa de no haber cumplido los contratistas sus obligaciones con el Gobierno. A este propósito es oportuno observar que las ciento cincuenta mil hectáreas de que habla la concesión, en ninguna parte aparecen identificadas ni determinadas, y que, aunque los opositores pretenden derivar de allí su derecho mediante la transmisión que por obra del juicio sucesorio del Coronel Vicente Vanegas y Olarte quisieron realizar en su favor, esta transmisión ningún dominio vincula en ellos, porque el causante carecía de él. Y no se diga que tal determinación sí aparece hecha con fundamento en las declaraciones de los testigos Abel Ortegón y José María Quijano, quienes localizan el lote de las ciento cincuenta mil fanegadas, tal como aparece en la demanda de oposición, fundándose en el conocimiento que de los títulos de propiedad dicen tener, y que favorecen a los Vanegas, porque es bien sabido que el derecho de propiedad y su extensión no se prueba con testigos; y si estas declaraciones sirvieron quizá para llevar a cabo el juicio de sucesión de que se ha hablado y para obtener las hijuelas que se han aducido, ahora, cuando el dominio pretende demostrarse, carecen de eficacia por las razones antes expuestas.

Razón tuvo el abogado doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, cuando después de analizar los documentos aducidos por los actuales opositores, reconoció como impedimento para demostrar con ellos el derecho de propiedad sobre tal lote de terreno, la falta de identificación del mismo; y precisamente, las actividades posteriores de los señores Vanegas Q. y Duque Vanegas, cuando pretendieron vincular el dominio mediante el juicio de sucesión, tuvieron por causa, sin duda, este concepto, procedente del mismo abogado, y que aparece en los autos, mediante la copia obtenida por la acción exhibitoria, copia que en forma alguna ha sido redargüida. Dice:

"De la relación transcrita aparecen los eslabones de una cadena, que es preciso unir, buscando los que faltan y perfeccionando los que existen.

"Para ello sería menester establecer claramente el entroncamiento de las personas que actualmente figuran como sucesoras del señor Salvador Vicente Vanegas, y hacer el juicio o los juicios de sucesión correspondientes, y practicar la división, que quedó inconclusa, entre los herederos de dicho Vanegas y los de Bernardino Pinzón, cuya sucesión habría que liquidar también, así como las de los sucesores hasta los actuales.

"Y todavía estaría pendiente la cuestión de la identificación del terreno como hoy se alindera, con las estancias primitivas que fueron de dichos Vanegas y Pinzón."

Además, y respecto de la falta de identificación observada por los abogados, debe tenerse presente que las doce estancias aquellas de la familia Vanegas, estaban situadas en la ciudad de Vélez, en la Peña del mismo nombre, y las ciento cincuenta mil fanegadas de la sucesión aparecen localizadas a una gran distancia de aquella ciudad; debiéndose tener presente que **doce** estancias de ganado mayor jamás equivalen a **ciento cincuenta mil fanegadas,** hecho éste que también hace imposible la identificación.

Acerca de la posesión alegada por los opositores, y que en otras circunstancias les sirvió para actuar administrativamente ante el señor Ministro de Industrias al solicitar el amparo de sus derechos, y ante el Alcalde Municipal de Bolívar, con el mismo fin y respecto del lote alinderado en esta demanda, los autos suministran la prueba auténtica de la sentencia dictada por este último funcionario en la acción de policía instaurada ante su Despacho por los señores Vanegas Q. y Duque Vanegas, en la que se declaró probada la excepción de prescripción y se negó el amparo de posesión solicitado contra los demandados Henri Goblot, Rafael Valencia Samper, Antonio Posada Delgado y Olivo Escamilla; sentencia que aparece ejecutoriada, y que tiene fecha de diez de noviembre de mil novecientos treinta y uno. Todo lo cual prueba, mediante la ejecutoria de este fallo, que los opositores no han tenido la posesión que alegan.

Lo expuesto hasta aquí es suficiente para demostrar hasta la evidencia que los actores en la oposición de que aquí se trata no han logrado establecer los hechos que fundamentan su oposición, y de consiguiente, ella debe estimarse infundada, lo que así se declara por la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley. Como consecuencia se declara también que el Gobierno puede celebrar el contrato cuestionado, quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial.

Con costas a cargo de la parte opositora a la propuesta de contrato.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial,** y una vez ejecutoriada la sentencia, devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre diez de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Por medio del auto de tres de diciembre de mil novecientos treinta, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento ejecutivo a favor de la Nación y contra el señor Oscar H. García, en su calidad de Administrador de Hacienda Nacional de Bolívar, por la suma total de cuarenta y ocho pesos catorce centavos, sirviendo de título los alcances deducidos por la Contraloría General de la República, en Resoluciones de fechas seis de mayo de mil novecientos veintinueve y veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta, reformadas por las de fechas catorce de octubre, veinticinco y veintinueve de septiembre del último año citado. De acuerdo con tales resoluciones, el funcionario expresado determinó la ejecución por las siguientes cantidades: $ 36-76 y los intereses desde el veintidós de octubre de mil novecientos treinta; $ 11-06 y los intereses a contar del seis de octubre del referido año, y $ 4-32 y los intereses desde el día ocho de octubre del propio año de mil novecientos treinta, más las costas del juicio.

Notificado e intimado el ejecutado de ese proveído, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de cuenta, compensación y pago, las que estando debidamente sustanciadas, van a ser decididas.

Los fundamentos de las excepciones son los que al estudiar cada una de ellas se expresan.

Inexistencia de la obligación en lo que respecta a la suma de $ 17-57, en la cuenta de diciembre de 1925.

No se exponen aquí los fundamentos de esta excepción en la parte expresada, porque ella carece en absoluto de razón de ser, desde luégo que la Contraloría, por Resolución número 1599, de 14 de octubre de 1930 (folios 4 y siguientes, cuaderno principal), absolvió al excepcionante de ese cargo, y, por consiguiente, la suma indicada no forma parte del auto ejecutivo. La excepción es, pues, improcedente.

Error de cuenta.

La funda el excepcionante así:

"Y respecto del cargo por $ 15-10, propongo la excepción de error de cuenta, la que fundo en los hechos que constan en el certificado expedido por la Sección de Contabilidad de la Administración de Hacienda Nacional, en donde se analiza el movimiento de la cuenta de timbre y papel sellado de la Recaudación de Hacienda Nacional de Sampués, que es en la que se me hace el cargo."

En la cuenta relativa al mes de diciembre de mil novecientos veinticinco, la Contraloría dedujo a cargo del señor García un alcance de $ 15-10, que redujo luégo a $ 15, por medio de la resolución ya referida, proveniente de error en el detalle de algunas especies. El certificado a que alude el excepcionante debe ser el documento que figura al folio 3 del cuaderno de excepciones, pues no se encuentra otro agregado al juicio, y que aparece allí incompleto, pues carece de encabezamiento y fecha de expedición; principia por la observación número veintidós, de donde debe deducirse que le faltan las veintiuna anteriores; parece referirse a una nota u observación de otro funcionario, desde luégo que está redactado en forma de contestación; se ignora de qué empleado procede, y no tiene sello alguno que lo haga auténtico. Por consiguiente, tal documento es inapreciable, y no prueba el hecho que con él quiso demostrarse.

Compensación de la obligación en lo que respecta a la suma de $ 11-06 en la cuenta de septiembre de 1928.

Acerca del alcance deducido al señor García por la suma expresada, la Contraloría, al revisar la glosa respectiva (folio 10, cuaderno principal), dijo lo siguiente:

"Por mala interpretación o aplicación indebida del artículo 27 del Decreto número 1923 de 1927, el Recaudador de Magangué cobró de modo ilegal el 10 por 100 de recargo a los contribuyentes que pagaron sus cuotas en el mes de junio, lo que produjo un cobro de más por la suma de $ 43-97. En cambio, a los contribuyentes que pagaron en julio, a unos les aplicó el 10 por 100 y a otros no les hizo efectivo ningún recargo, de donde resulta que omitió cobrar la suma de $ 11-06, suma ésta que se dejó a cargo del responsable. El artículo 27 del Decreto ya citado, al referirse al aumento del 5 por 100 por el primer mes de demora, y al 2 por 100 por cada uno de los meses siguientes, agrega que tal aumento no será en ningún caso menor de un peso. Esta es la razón: porque a pesar de haber cobrado el 10 por 100 de recargos, éstos, en su mayor parte, no alcanzaron a $ 1, y por tanto, resultaba una diferencia sin cobrar. En consecuencia, este Despacho confirma la glosa de que trata la presente observación."

El fundamento de la excepción lo presenta el señor García así:

"Fundo la primera (la de compensación) en el hecho de que en el mismo fenecimiento y las observaciones que le precedieron, figura el hecho de haber incorporado en la misma cuenta de septiembre $ 43-97 de más, que cubren con mucho el cargo líquido que se me formula."

En otros términos, el excepcionante pretende compensar su deuda para con el Fisco por lo cobrado de menos a unos contribuyentes con lo cobrado de más a otros.

El Código Civil, en su artículo 1714, da a la compensación la siguiente definición:

"Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación, que extingue ambas deudas....."

Es verdad que el excepcionante es deudor del Fisco en razón del alcance de que se trata, mas no que éste sea deudor de aquél, pues los dineros cobrados de más por el excepcionante no son de su propiedad, sino de la de los consignatarios, que por error de aquél pagaron mayor suma de la que estaban obligados. De manera que no se ha podido operar el fenómeno jurídico de la compensación, por no ser el ejecutado y el Fisco recíprocamente deudores.

Inexistencia de la obligación respecto a la misma suma de $ 11-06.

El fundamento es el siguiente:

"Y fundo la segunda en los hechos que se desprenden del certificado del Jefe de Impuestos Nacionales de la Administración de Hacienda Nacional, de donde resulta que el 10 por 100 cobrado a los contribuyentes de impues-

to sobre la renta, no corresponde a recargos, sino como sanción de haber omitido el contribuyente la declaración de su renta (artículo 25, Decreto 1923 de 1927)."

La obligación existe, conforme a los alcances y resoluciones atrás expresados, no porque el excepcionante, en su calidad de Administrador, hubiera cobrado de más el 10 por 100 de recargos a los contribuyentes que omitieron hacer la declaración de la renta o a los que no la hubieran pagado en la debida oportunidad, sino porque cobró de menos la suma referida de $ 11-06, como de manera muy clara lo hace ver la Contraloría en el aparte de su resolución, copiado al estudiar la excepción de compensación. De manera que la circunstancia de no corresponder ese 10 por 100 a recargos por causa de no pago oportuno, sino por la de no haber hecho declaración de la renta, que es lo que en síntesis prueba el certificado expedido por el Jefe de Impuestos Nacionales de Cartagena (folio 2, cuaderno de excepciones), no puede tenerse como elemento de prueba de la excepción alegada.

Pago respecto de la suma de $ 4-32 en la cuenta de octubre de 1928.

Como fundamento de esta excepción, enuncia el ejecutado señor García un recibo que—dice—expidió el Recaudador de Hacienda Nacional de San Marcos, recibo que no ha traído al expediente, por lo cual debe declararse no probada tal excepción.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara improcedente la excepción primeramente estudiada en este fallo, y no probadas las demás.

Siga la ejecución tal como está decretada, con costas a cargo del excepcionante. Tásense.

Notifíquese, publíquese, cópiese e insértese en el órgano de la Corte.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bogotá, por sentencia definitiva de fecha quince (15) de diciembre de mil novecientos veintisiete (1927), anuló las elecciones para Concejeros Municipales de Yacopí, e impuso a los miembros del Jurado Electoral y a los del Jurado de Votación—los actuales ejecutados—la multa de que trata el artículo 247 de la Ley 85 de 1916, que a la letra dice:

"Los miembros de las corporaciones electorales, o de los Jurados de Votación, que den lugar a que se incurra en algún motivo de nulidad, que vicie la votación, pagarán una multa de cien a doscientos pesos; si la nulidad afecta sólo el registro o acto de escrutinio, la multa será de veinte a cincuenta pesos. Si procedieren a sabiendas, con el deliberado propósito de causar la nulidad, sufrirán, además, reclusión por dos a cuatro años, y serán inhabilitados para ejercer destino o cargo público por cinco años."

Para el cobro de dicha multa, el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, a quien se le pasó copia de la sentencia, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra los demandados. Estos, por medio de apoderado, propusieron la excepción de "error de cuenta," excepción de cuyo mérito legal procede a resolver la Sala, previos los trámites legales.

El apoderado fundamenta la excepción en que la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bogotá "no tiene ningún efecto legal contra los ejecutados, y que, por lo consiguiente, las sumas que se cobran carecen de obligación, y son, por lo tanto, erróneas; pues los ejecutados no eran partes en el juicio, y por ello la única notificación que les obliga era la personal. En verdad, los actuales demandados tienen en aquel juicio el carácter de terceros, y como no se les notificó la providencia en lo que a ellos afectaba, notificación que no podía ser otra que la personal, es incuestionable que aquella sentencia no puede estimarse como un verdadero documento auténtico, que sirva de recaudo ejecutivo. Nadie puede sufrir una pena sin que previamente se le dé noticia de ella para los efectos de la defensa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción propuesta, y ordena suspender la ejecución y la cancelación de los embargos que se hubieren efectuado durante el juicio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul—Luis Felipe Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

RESOLUCION NUMERO 1º

por la cual se dispone la manera como se debe hacer la publicación de la **Gaceta Judicial** y se reforma el precio de venta de cada número.

Ministerio de Gobierno—Sección 5ª—Bogotá, septiembre 22 de 1933.

El Ministerio de Gobierno,

en uso de la facultad que le confiere el artículo 2º del Decreto ejecutivo número 1704 de 1923, y teniendo en cuenta que ha habido necesidad de aumentar las páginas de cada número de la **Gaceta Judicial,** debido al recargo de material destinado a ver la luz en dicho periódico,

resuelve:

1º La **Gaceta Judicial** se editará en números de 52 o de 104 páginas, según la cantidad de material que haya para ser publicado, y el valor de cada ejemplar será el de $ 0-40 y $ 0-80, respectivamente.

2º El valor de la suscripción de cada tomo de la **Gaceta Judicial** será el de cuatro pesos ($ 4).

Comuníquese y publíquese en el **Diario Oficial** y en la **Gaceta Judicial.**

Agustín Morales Olaya,
Ministro de Gobierno

Imprenta Nacional

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

Organo oficial de la Corte Suprema de Justicia

TOMO XL — BOGOTA, OCTUBRE DE 1936. — NUMERO 1.891

JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XL

POR

JULIAN MOTTA SALAS

Relator de la Corte Suprema de Justicia.

A

Págs.

ACCIONES INCOMPATIBLES
- Nº 1 -

El actor en un juicio sumario instauró dos acciones: la de restitución por despojo y, en subsidio, la de perturbación de posesión. Se declaró probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido.

"Quien demanda haciendo uso de la acción posesoria de despojo, debe patentizar que ha perdido la posesión, y quien solicita cese la perturbación en su posesión declara que conserva el ejercicio de la posesión misma; quien pide se le restituya la posesión no puede pedir a la vez, subsidiariamente, que no se le perturbe en la misma, y al pedir lo primero, esto es, eligiendo la acción de despojo, hace incompatible la acción de perturbación, desde luego que lo segundo no puede pedirse careciendo del fundamento de la acción primera, es decir, la pérdida de la posesión; luego las dos acciones son incompatibles y eligiéndolas conjuntamente ambas se destruyen". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1887, abril 2 de 1932): (1)..... 240, 1ª

(1) Artículo 209 C. J.

AGRAVANTES GENERALES DE DELINCUENCIA
- Nº 2 -

Se condenó a un individuo como reo de homicidio simplemente voluntario a la pena de nueve años de presidio por haberle dado muerte a una mujer. Recurrió el reo en casación e hizo hincapié en su recurso que no era posible que se le declarase reo de homicidio simplemente voluntario y que, al propio tiempo, se calificase su delincuencia en grado mediO so pretexto, dice, de que existen circunstancias constitutivas de asesinato, porque tal cosa es un verdadero contrasentido.

Págs.

"Se contesta: Lo que entraña un verdadero contrasentido es lo expresado por el recurrente. Porque no es que los juzgadores de instancia al condenar a Arbeláez como responsable de homicidio simplemente voluntario, acatando el veredicto del jurado, que negó la premeditación, hayan considerado las circunstancias de la segunda cuestión propuesta al tribunal de conciencia, como constitutivas de asesinato. Nó. Lo que aquellos juzgadores hicieron, muy acertadamente por cierto, fue el considerar tales circunstancias—negadas como fueron también por el jurado, con excepción de una, o sea la indefensión de la víctima—sencillamente como circunstancias de agravación, es decir, como agravantes generales, que influían en la calificación del grado de delincuencia, siempre que ellas estuviesen probadas; pero en manera alguna han dicho de ningún modo los jueces de instancia que esas circunstancias se tenían como constitutivas de asesinato, porque descartada y negada la premeditación por el jurado, no podían ellas ya tener la aptitud jurídica para constituír el delito específico conocido con el nombre de ASESINATO. Siendo esto así, como lo es, dentro de la realidad procesal, los juzgadores de derecho entraron en la consideración, se repite, de tales circunstancias, simplemente como agravantes generales, y estimaron entonces probadas varias de ellas, que impusieron la calificación de la delincuencia del encausado en grado medio, como claramente lo han dejado establecido tales juzgadores en sus fallos. Y como esas circunstancias de agravación subsisten y

Págs.

el recurrente ni siquiera ha tratado de desvirtuarlas, es obvio que la calificación en segundo grado debe mantenerse firme". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 24 de 1934) ..... 337, 2ª y 338, 1ª

ALBACEA
- Nº 3 -

Rosadigna Rodríguez Camacho vendió una casa a José Joaquín Rodríguez Rey, el cual se obligó a pagarla al albacea de la sucesión el día en que falleciera la vendedora o determinado tiempo después de conocido por el comprador el nombre del albacea. Pasó este tiempo y, según el heredero reconocido en el testamento de la vendedora, no se pagó el precio. Se entabló la acción de dominio para la herencia de la vendedora. Declarada probada la excepción de petición antes de tiempo, por haberse demandado antes de la expiración del plazo concedido por la testadora al comprador para el pago del precio, se acusó en casación la sentencia por varios aspectos, especialmente por error de derecho y de hecho en la apreciación de los comprobantes o recibos de pago del precio dados por el albacea.

"La señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, en su testamento, instituyó albacea con administración y tenencia de los bienes al doctor Luis A. Rodríguez Rey y, con arreglo al artículo 1367 del Código Civil, reciben legítimamente los albaceas que tuvieren este encargo especial o la tenencia de los bienes del difunto. Si los albaceas reciben de manera legítima en estos casos, natural y lógicamente tienen la facultad de expedir recibos de las sumas que se les entreguen, y tales recibos hacen fe contra la sucesión. Es dable aseverar que para el efecto de recibir, el albacea con tenencia de bienes representa a la sucesión. Si así no fuese, de nada les aprovecharía a los deudores de la sucesión pagar al albacea, porque quedarían expuestos a que los herederos desconocieran el pago, so pretexto de que son terceros y no les perjudican los recibos. Concedida por la ley a los albaceas con tenencia la potestad de recibir legítimamente, es preciso admitir las consecuencias del principio, una de ellas la de que los deudores quedan descargados de su obligación al pagar al albacea, y otra, la de que los herederos no pueden, en rigor y para este efecto, ser considerados como terceros contra quienes no sea posible aducir el recibo expedido por el ejecutor testamentario. Así, pues, como el albacea al reconocer los recibos a que se refiere este cargo, obró en representación de la herencia, semejantes recibos resultan por equivalencia jurídica opuestos a la parte que los firmó y el sentenciador no ha cometido, por este aspecto, error de derecho al acogerlos como prueba. El error evidente de hecho no procede aquí, pues si hubiera error él sería de derecho. No ha habido, por tanto, quebrantamiento del citado artículo 1761. Ahora, si por circunstancias especiales el albacea no podía recibir, será punto que habrá de tratarse en otro lugar. No cree la Sala, como el recurrente, que el actual Código Judicial haya desconocido los recibos como elementos de pruebas judiciales, ni tal podía hacer sin ponerse en pugna con primordiales nociones de la ciencia jurídica y con preceptos de legislación sustantiva. Los recibos son instrumentos privados y en ese concepto quedan encerrados en las prescripciones pertinentes del Código Civil (artículos 1761, 1762, 1763 y otros), y del de Comercio (artículos 209, 210, 211 y otros). Si el artículo 637 del actual Código Judicial se refiere en especial a documentos de obligación, el artículo 639 y los siguientes tratan de instrumentos privados en general y en ellos quedan comprendidos los recibos. Como el citado artículo 637 no era aplicable al caso, no pudo ser violado ni por omisión ni por comisión". (Casación, XL, Nº 1888, marzo 14 de 1934). 300, 2ª

ALBACEA
- Nº 4 -

En el mismo pleito citado anteriormente decía la actora que como en la escritura de venta se pactó como medio de comprobar el pago la escritura de cancelación que debía firmarse después de que el comprador pagara la suma que quedó debiendo a la vendedora, los recibos expedidos por el albacea sobre pago del precio al comprador no tenían valor alguno y se había violado, por tanto, en la sentencia recurrida, el artículo 1761 del Código Civil.

"En vía de examinar este motivo, la Sala considera lo siguiente: La señorita Rosadigna Rodríguez Camacho, en su testamento, instituyó albacea con administración y tenencia de los bienes al doctor Luis A. Rodríguez Rey y, con arreglo al artículo 1367 del Código Civil, reciben legítimamente los albaceas que tuvieren este encargo especial o la tenencia de los bienes del difunto. Si los albaceas reciben de manera legítima en estos casos, natural y lógicamente tienen la facultad de expedir recibos de las sumas que se les entreguen, y tales recibos hacen fe contra la sucesión. Es dable aseverar que para el efecto de recibir, el albacea con tenencia de bienes representa a la sucesión. Si así no fuera, de nada les aprovecharía a los deudores de la sucesión pagar al albacea, porque quedarían expuestos a que los herederos desconocieran el pago, so pretexto de que son terceros y no les perjudican los recibos. Concedida por la ley a los albaceas con tenencia la potestad de recibir legítimamente, es preciso admitir las consecuencias del principio, una de ellas la de que los deudores quedan descargados de su obligación al pagar al albacea, y otra, la de que los herederos no pueden, en rigor y para este efecto, ser considerados como terceros contra quienes no sea posible aducir el recibo expedido por el ejecutor testamentario. Así, pues, como el albacea al reconocer los recibos a que se refiere este cargo,

Págs.

obró en representación de la herencia, semejantes recibos resultan por equivalencia jurídica opuestos a la parte que los firmó y el sentenciador no ha cometido, por este aspecto, error de derecho al acogerlos como prueba. El error evidente de hecho no procede aquí, pues si hubiera error, él sería de derecho. No ha habido, por tanto, violación del artículo 1761. Ahora, si por circunstancias especiales el albacea no podía recibir, será punto que habrá de tratarse en otro lugar". (Casación, XL, Nº 1888, marzo 14 de 1934) 300, 2ª

ALBACEA
- Nº 5 -

En el mismo pleito que se cita en la sentencia anterior, acusó el fallo el demandado por violatorio del artículo 501 del Código Civil en cuanto la Sala falladora estimó que a los albaceas les está prohibido representar a la herencia en actos que deban verificarse con sus parientes. Dijo la Corte:

"El Tribunal expuso que, con arreglo al artículo 501 del Código Civil, aplicable a los albaceas, a éstos les está prohibido representar a la herencia en actos que deban verificarse con sus parientes, porque la ley supone que sería probable una confabulación entre los contratantes con el fin de perjudicar a los herederos. La Sala no acepta este concepto en los términos absolutos en que aparece concebido, porque el artículo carece del rigor que se le quiere atribuír. En primer lugar, si el albacea o el guardador, en los casos de interés de sus parientes o consocios, obtienen autorización judicial, pueden representar a la herencia o al pupilo en los actos a que el texto legal se contrae. En segundo lugar, si el pariente o consocio, aunque intervenga en el acto, no tiene interés en él, tampoco es aplicable el artículo. En el suceso de la presente litis, se comprende que el interés respecto del pago de los cuatro mil pesos radicaba, por razón de los antecedentes del negocio y por las circunstancias concomitantes de dicho pago, en la herencia, que era el acreedor, y no en el deudor. En el contrato de compraventa se había convenido por las partes que el pago de aquella suma, precio del inmueble vendido, se le hiciera al albacea dentro de cierto plazo, y Rodríguez Rey verificó tal pago dentro del plazo prorrogado por la señorita vendedora en su testamento. Ahora bien: si se trataba de un pago que en virtud de una estipulación contractual y no por iniciativa del albacea había de hacerse en manos de éste, y si el pago recaía sobre una suma precisa y no controvertida, y si se efectuó en el curso del plazo respectivo, el interés estaba de parte del acreedor (la sucesión de la señorita Rodríguez Camacho), a quien le importaba recoger esa suma con el fin de aumentar el acervo, y no de parte del comprador, el cual apenas satisfacía una obligación cuyo cumplimiento no le acarreaba provecho pecuniario. Como el demandado pagó la suma convenida dentro del plazo, ni aun tenía el interés de librarse de los efectos de la acción resolutoria, la cual no tenía todavía la parte acreedora. De otro lado, los guardadores tienen la obligación de administrar los bienes del pupilo y es en el ejercicio de esa obligación cuando puede presentárseles la coyuntura de verificar un acto o contrato con las personas indicadas en el artículo 501: entonces necesitan pedir la autorización, que así como puede ser otorgada puede ser negada en vista de las circunstancias. Las facultades de los albaceas son menos extensas que las de los guardadores, pues que los que están provistos de la tenencia de los bienes, gozan solamente de las que competen al curador de la herencia yacente, y éstas, según el artículo 575 del Código Civil, se reducen a los actos de mera custodia y conservación y a los indispensables para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados. Si en el caso del pleito el albacea le hubiera pedido autorización al Juez para recibir el pago que hacía el comprador, por ser hermano y consocio de él, dicho funcionario no habría podido rehusarla, porque la manera de ese pago estaba pactada en el contrato y él se cumplía dentro del plazo y en los términos de la convención. Luego la solicitud de licencia habría sido innecesaria por no hallarse en el arbitrio del Juez el negarla, y la falta de necesidad provenía cabalmente de que, por los antecedentes del negocio, el interés de ese pago era para el acreedor y no para el deudor. De suerte que al aplicar a los ejecutores testamentarios la doctrina del artículo 501 del Código Civil, no puede prescindirse de examinar en quién reside el interés de la operación (contrato o acto), que efectúa el albacea. En el suceso de esta litis existe, además, la nota favorable de que el interés de la sucesión quedó suficientemente asegurado con el recibo del precio por el albacea, quien por ese mismo hecho se constituyó responsable para con aquélla. Es claro que esta asunción de responsabilidad vuelve muy remota la hipótesis de una confabulación entre los hermanos, mayormente cuando es innegable que dentro del plazo prorrogado se hizo el pago. En resumen: por los antecedentes del asunto y por las circunstancias en que se verificó el pago, estima la Sala que el interés de este acto sólo se hallaba de parte de la sucesión acreedora; por donde resulta forzoso concluír que el Tribunal quebrantó el artículo 501, por la interpretación absoluta que le dio y por la aplicación que de él hizo al caso particular que forma el objeto de esta controversia. Por tanto, ha de ser casada la sentencia en esta parte, sin necesidad de estudiar los restantes extremos alegados por el recurrente". Esta sentencia es la misma cuya doctrina en otro punto aparece citada con este mismo epígrafe. (Casación, XL, Nº 1888, marzo 14 de 1934) ..... 305, 2ª y 306 1ª

Págs.

ALBACEA
- Nº 6 -

En juicio sobre petición de herencia alegaba el demandado que la había recogido que el padre de la actora no había podido transmitir ningún derecho porque se había hecho indigno de suceder al testador por el hecho de no haber aceptado el albaceazgo, sin que para esa excusa hubiese probado inconveniente grave. En consecuencia, sostenía que el sentenciador había violado los artículos 1028, en su inciso 2º, y 1334 del Código Civil.

"El recurrente objeta que tanto el artículo 1028 como el 1334 del Código Civil exigen la prueba del inconveniente grave que el albacea tenga para desempeñar el cargo, a fin de librarse de la sanción de indignidad para suceder al testador, y que, por lo mismo, no habiendo presentado esa prueba el señor Ricardo de la Torre, se hizo indigno de suceder a su hermano don Eustasio; pero a esto se observa que el auto del Juez en que se admitió la excusa del albacea —renuncia—dijo indebidamente, porque no renunció don Ricardo, sino que se excusó—fue dictado teniendo en cuenta el memorial del albacea, en que expresaba el inconveniente grave de hallarse casi ciego, que lo imposibilitaba para servir el cargo. Si el Juez no exigió la prueba de ese inconveniente, ni tampoco los interesados cuando se les corrió traslado de ese memorial, eso indica que admitieron como fundamento el motivo de la excusa, con la sola afirmación de don Ricardo, y hoy no pueden, contra el auto ejecutoriado de admisión, alegar que esa providencia se dictó sin las probanzas correspondientes. En la oportunidad debida los interesados pudieron exigir la demostración de la excusa, y el Juez abstenerse de admitirla, porque la hallase desprovista de prueba". (Casación, XL, Nº 1890, octubre 26 de 1932)..... 596, 1ª

AMPLIACION DE PLAZO HECHA EN UN TESTAMENTO
- Nº 7 -

Véase: Plazo ampliado en el testamento.

APRECIACION DE ELEMENTOS MORALES
- Nº 8 -

En juicio sobre declaración de dominio y reivindicación de una finca decía el actor recurrente que el sentenciador había incurrido en error evidente de hecho y de derecho al aceptar como justo título el del demandado, el cual, en concepto del actor, no era poseedor de buena fe.

"La buena fe, o sea, la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla (artículo 768 del Código Civil), es un elemento moral que pertenece al fuero interno, que se presume en los contratantes y en cuya apreciación los Tribunales son soberanos. 'La apreciación del sentenciador sobre hechos morales no puede ser desatendida por la Corte en casación sino por prueba evidente en contrario, desatendida por el Tribunal'. (Jurisprudencia de la Corte, tomo 3º, número 467). 'Es principio de derecho que cuando la ley deja al buen juicio del juzgador un radio de acción para obrar en él, según sus conocimientos jurídicos, su conciencia y lo que resulte de autos, a nadie le es dado penetrar en el arbitrio de ese juzgador ni mucho menos infirmar el juicio que él ha formado en virtud de los datos y de la ciencia que posee; y por consiguiente, en cuestiones de hecho, debe respetarse el juicio del Tribunal, porque la ley sobre casación no le da a la Corte autoridad para inmiscuírse en la parte discrecional del Tribunal'. (Jurisprudencia de la Corte, tomo 1º, página 509". (Casación, XL, Nº 1887, julio 4 de 1932) 179, 2ª

APRECIACION DE INDICIOS
- Nº 9 -

Se alegaba que el sentenciador había incurrido en varias violaciones de ley sustantiva debido a la errónea apreciación de algunas pruebas en el juicio sobre restitución que se seguía.

"Como se ve, el Tribunal se apoyó en dos indicios para sustentar su concepto y refutó un contraindicio. Comprobados como se hallan los hechos constitutivos de tales indicios, en la estimación de éstos era soberano el Tribunal y no es dable, por lo mismo, imputarle un error palpable de hecho en lo tocante a la interpretación del contrato consignado en la escritura número 95. Mientras subsistan los indicios, es jurídicamente imposible la evidencia en contrario. Por lo demás, con arreglo a una sostenida jurisprudencia de la Corte, escapa a la casación la apreciación que de los indicios hace el juzgador de instancia". Casación, XL, Nº 1887, junio 30 de 1932)..... 177, 1ª

APRECIACION DE INDICIOS
- Nº 10 -

Se alegaba en casación que el sentenciador había deducido indicios que no tenían relación con la cuestión propuesta de la nulidad demandada.

"Varias son las sentencias en que la Corte ha sostenido que la relación más o menos estrecha que un hecho indicio tenga con el punto en discusión, es cuestión de apreciación del sentenciador en la cual es soberano. En sentencia de tres de marzo de mil novecientos veintitrés (Jurisprudencia de la Corte, tomo XXX, página 42, 3ª), dijo la Corte: 'El sentenciador goza de amplia libertad para la apreciación de indicios, y sólo cuando se le convenza de un error evidente de hecho o de derecho, en la estimación de los hechos constitutivos de los indicios, es justificable la acusación del fallo'. Y en sentencia de casación de diez de octubre de mil novecientos veintitrés, tomo y página ya citados, dijo también la Corte que 'el recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios en que se apoyó el Tribunal sentenciador, pero no criticando la apreciación que de ellos ha hecho el Tribunal para hacer ver que no

Págs.

tienen la fuerza que el juzgador les asignó'. Más adelante agrega la Corte: '...En cuanto a la relación más o menos estrecha del hecho indicio con el punto de la simulación, ya se dijo que ello es obra del criterio del sentenciador, que escapa a la casación". (1). Casación, XL, Nº 1888, febrero 14 de 1934..... 276, 2ª y 277, 1ª

(1) Concordancias: Nos. 1928 y 1929, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte,** 141 y 1226, Tomo 2.o, y 230, 2001, 2002, 2007, 2010, 2011 y 2013 del Tomo 3o.

APRECIACION DE INDICIOS
- Nº 11 -

En juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y sobre otros puntos se acusaba la sentencia, entre otros motivos, por la errónea apreciación de los indicios, según concepto del recurrente.

"Es preciso tener presente que una de las acciones ejercitadas versa sobre la nulidad del contrato por simulación y que la prueba de ésta consiste generalmente en indicios, para cuya apreciación es soberano el Juez. El Tribunal, en la sentencia impugnada, va examinando los indicios alegados con la mira de establecer la simulación y halla que ellos no son concluyentes. En ese examen estriba cabalmente la apreciación del indicio, la cual, como operación subjetiva, escapa a la casación, con arreglo a una sostenida jurisprudencia de la Corte". (Casación, XL, Nº 1887, junio 15 de 1932). (1).... 150, 2ª

(1) Concordancias: Nos. 1928 y 1929, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte,** 226, Tomo 2.o, 2001, 2002, 2010, 2011 y 2013, Tomo 3o. Ha sido constante sobre este punto la jurisprudencia de la Corte.

APRECIACION DE LA INTENCION DE LAS PARTES EN UN CONTRATO O LA DE LA OTORGANTE DE UN TESTAMENTO
- Nº 12 -

Estimó la Sala sentenciadora en un juicio sobre resolución de un contrato de compraventa, solicitada por la heredera de la vendedora, que el testamento de ésta sí contenía una ampliación de plazo para el pago del precio.

"Es una cuestión de hecho la de interpretar la intención de las partes en un contrato o la del otorgante de un testamento. Para ello tiene potestad el fallador de instancia y la Corte no puede variar la apreciación sino en el caso de un error evidente. Aquí no ocurre tal error, porque semejante interpretación no riñe con el temor de las referidas cláusulas testamentarias". (Casación, XL, Nº 1888, marzo 14 de 1934)..... 301, 2ª y 302, 1ª

APRECIACION DE PRUEBAS
- Nº 13 -

En juicio en que se pedía que la legítima rigorosa que correspondía a la actora debía pagarse con bienes distintos de los indicados por el testador, se atacó por la actora la sentencia en casación como violatoria de los artículos 1239 y 1255 del Código Civil, por errónea apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador para estimar que los bienes señalados por el testador sí eran de su propiedad y no de la actora.

"El Tribunal, para dar aplicación a los artículos 1239 y 1255 del Código Civil, no se atuvo sólo a la simple declaración del testador—como afirma el recurrente—de ser de su propiedad los bienes que enumera en la citada cláusula de su testamento, sino que apreció y tuvo en cuenta un conjunto de pruebas que figuran en el proceso... Para que el primer concepto del cargo pudiera prosperar, era preciso que el recurrente atacara eficazmente el fundamento primordial de la sentencia, porque la aplicación que el Tribunal hizo de los citados artículos, es consecuencia de aquel fundamento cardinal. 'La Corte ha resuelto en varias decisiones que no es casable una sentencia por mala apreciación de determinadas pruebas, cuando el fallo no se funda únicamente en ellas, sino también en otras que han sido apreciadas jurídicamente, o que no han sido por lo menos atacadas en casación, porque debe suponerse que el Tribunal apreció las pruebas en su conjunto'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 3º, Nº 238). 'No puede casarse una sentencia por error de hecho en la apreciación de una prueba considerada aisladamente, si, por otra parte, en el fallo se hizo un cotejo de todas las probanzas utilizadas por las partes en el juicio, y se apreciaron en conjunto, puestos en frente unos de otros los datos ofrecidos en el pleito, y el Tribunal formó su juicio después de un análisis prolijo de todos los medios probatorios'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 1º, número 3261)". (Casación, XL, Nº 1887, junio 16 de 1932) ..... 159, 1ª y 2ª y 160, 1º

APRECIACION DE PRUEBAS
- Nº 14 -

En un recurso de casación alegaba el recurrente que había sido demandado en juicio de separación de bienes, que la sentencia del Tribunal que decretó la separación había incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas testimoniales que aparecían en los autos.

"...Observa la Corte que la apreciación de las pruebas es cuestión que está sometida al soberano criterio del juzgador, apreciación que no puede variarse por la Corte sino en el caso de que haya habido evidente error de hecho o que se haya incurrido en error de derecho por el sentenciador". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 11 de 1932). (1)..... 54, 2ª

(1) Concordancias: J. de la C. Tomo 1.o, Nos. 282, 283. Tomo 2.o, Nos. 136, 139, 141. Tomo 3.o, Nos. 230, 233.

Págs.

APRECIACION DE PRUEBAS
- Nº 15 -

"En armonía con las disposiciones que regulan la casación y con la doctrina uniforme de la Corte, los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas, salvo que incurran en error evidente de hecho o de derecho". (Casación, XL, Nº 1886, junio 3 de 1932) (1)..... 99, 1º

(1) Concordancias: Nos. 284, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte**, 136, 139, 141, Tomo 2.o, 230, Tomo 3o.

APRECIACION DE PRUEBAS
- Nº 16 -

En un juicio sobre pago de una suma de dinero, en el cual los demandados opusieron demanda de mutua petición para el pago de unos frutos, estimaban los actores recurrentes que el Tribunal había quebrantado el artículo 79 de la ley 105 de 1890, por cuanto fijó el valor de los frutos, sin tener en cuenta la exposición pericial.

"Ya se ha resuelto por esta Corte que no se puede alegar error de hecho ni de derecho en la apreciación de un dictamen pericial cuando el Tribunal se aparta de él. El fallador goza de autonomía en la apreciación de las pruebas. Si el Tribunal de Pasto, en este caso, no admitió el dictamen pericial en todas sus partes, bien pudo fijar la cuantía de esos frutos, presumiendo en este caso que tuvo en cuenta las demás pruebas que figuran en el expediente (artículo 79, ley 105 de 1890)". Casación, XL, Nº 1890, noviembre 14 de 1932). (1) 268,1º

(1) Concordancias: Nos. 284, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte**; 141, Tomo 2.o, 230, 250, Tomo 3o.

APRECIACION DE PRUEBAS
- Nº 17 -

El recurrente en un juicio de reivindicación alegaba en casación que las pruebas del proceso desvirtuaban completamente los llamados por el Tribunal indicios de la simulación que había alegado la parte demandada.

"El recurrente omitió atacar los hechos antecedentes, distribuídos por el Tribunal en cinco ordinales marcados con las letras a), b), c), d), e). Su deber era haber impugnado uno a uno todos los comprobantes que indujeron al Tribunal al reconocimiento de la simulación. 'La Corte ha resuelto en varias decisiones que no es casable una sentencia por mala apreciación de determinadas pruebas, cuando el fallo no se funda únicamente en ellas, sino también en otras que han sido apreciadas jurídicamente, o que no han sido por lo menos atacadas en casación, porque debe suponerse que el Tribunal apreció las pruebas en su conjunto'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 3º, número 238). 'No puede casarse una sentencia por error de hecho en la apreciación de una prueba considerada aisladamente, si por otra parte en el fallo se hizo un cotejo de todas las probanzas utilizadas por las partes en el juicio, y se apreciaron en conjunto, puestos en frente unos de otros, los datos ofrecidos en el pleito, y el Tribunal formó su juicio después de un análisis prolijo de todos los medios probatorios'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 1º, número 3261)". Casación, XL, Nº 1887, julio 26 de 1932)..... 216, 1ª

ARRENDAMIENTO
- Nº 18 -

Se había arrendado una finca rural por documento privado y la arrendadora vendió poco después la finca, por lo cual el arrendatario la demandó para el pago de perjuicios. En casación alegó el actor la primera causal de acuerdo con el artículo 2º de la ley 169 de 1896, por violación expresa de varios artículos del Código Civil, entre ellos el 2019.

"Se considera: Según el artículo 2019 del Código Civil, 'extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella le hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta, será obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho, no está obligada a respetar el arriendo'. El arrendamiento de la finca "La Laguna" terminó al registrarse la escritura de venta, en armonía con lo dispuesto por el ordinal 2º del art. 2020 ibídem, puesto que el contrato no constaba en escritura pública sino en documento privado, puesto que el comprador no se obligó a respetar el arriendo.

El caso del pleito es el que contempla el citado artículo 2019. El arrendatario de "La Laguna", una vez vendida la finca y registrada la escritura respectiva, adquirió perfecto derecho para que se le indemnicen los perjuicios causados por la arrendadora, por haberle puesto fin al arriendo antes de la expiración del término estipulado. El derecho de exigir perjuicios nació con la extemporánea terminación del arrendamiento; de modo que es inaceptable desde todo punto, la conclusión a que llega el Tribunal, consistente en condenar a la parte demandada a pagar parte de los perjuicios, y en dejar a salvo el derecho del demandante para cobrar en juicio separado los perjuicios restantes". (Casación, XL, Nº 1890, octubre 8 de 1932)..... 575 2ª

AUTO DE ENJUICIAMIENTO
- Nº 19 -

Alegaba el recurrente en un juicio por homicidio la causal 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, porque en el auto de enjuiciamiento no se había mencionado la circunstancia de premeditación planteada en el cuestionario presentado al jurado.

Págs.

"Basta leer cuidadosamente el auto de proceder, para deducir que en realidad para nada se habló en él de premeditación; en esa providencia el cargo se formuló por simple homicidio voluntario. Fue en los momentos de la audiencia cuando, al redactar el cuestionario, se agregó lo relativo a esa circunstancia de premeditación, teniendo en cuenta principalmente, como lo dice el Juez en su sentencia, la presunción de que trata el artículo 585 del Código Penal. Sobre esta cuestión ha sido constantemente aplicada la doctrina que por primera vez sentó esta Sala en fallo de fecha octubre treinta y uno de mil novecientos veinticinco, del cual se reproduce ahora lo principal, por tratarse de un caso análogo: 'El auto de poceder debe contener el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que se defienda de ellos; y es bien sabido que la defensa se ejercita no solamente en los momentos de la audiencia, sino que ella principia concretamente desde la notificación de ese auto. De manera que desde entonces debe conocer el procesado cuáles son los cargos que se le hacen, para que ampliamente pueda defenderse... Pero si en el auto que abre la causa no se hace mención de esas cuestiones principales, como sucedió en el presente caso, no se puede después, al formular los cuestionarios, incluírlas, porque, como lo ordena el artículo 47 de la ley 169 de 1896, en esos cuestionarios se determinará por el Juez el hecho o hechos materia de la causa, CONFORME AL AUTO DE PROCEDER, y si en éste se guardó silencio sobre hechos tan sustanciales, no es posible que más tarde se interrogue al jurado sobre ellos..." (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 10 de 1932)..... 639, 1ª y 2ª

AUTO DE ENJUICIAMIENTO
- Nº 20 -

Se condenó a un individuo como responsable de homicidio premeditado. En casación alegó el recurrente que el auto de proceder no había contemplado la circunstancia de la premeditación y que, por tanto, no estaba la sentencia en consonancia con los cargos hechos en ese auto.

"Para resolver se considera: Ni en el auto de proceder dictado por el Juez, ni en el que para confirmarlo profirió el Tribunal Superior, se le imputó al acusado la premeditación, siendo bastante para corroborarlo la lectura de esas piezas del proceso. Por manera que, tratándose de un elemento que, de conformidad con nuestra ley, cambia la fisonomía jurídica del homicidio atribuyéndole una especial penalidad, no era posible, sin menoscabar el derecho de defensa, incluír en el cuestionario destinado a los jueces de hecho esa circunstancia cualificativa, si en la parte motiva del enjuiciamiento —como en el presente sucede—no se le formuló al procesado de ninguna manera el cargo correspondiente. El llamamiento a juicio—según doctrina de la Corte, constante y uniforme desde cuando esta Sala comenzó a actuar—ha de contener en forma clara y precisa la imputación del hecho punible con todos los elementos o circunstancias que le dan una fisonomía jurídica especial, para que así el acusado pueda saber con certeza de qué debe defenderse y de qué lo llama a responder la sociedad. De otro modo, la defensa no estaría debidamente garantizada, ni habría lealtad en la acusación". (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 28 de 1932). (1)..... 644, 1ª

(1) Concordancias: pueden verse, entre otros fallos, el de casación del 31 de octubre de 1925, que cita la Corte, y el de 10 de septiembre de 1932, también de casación, publicado este último en el No. 1890 de la GACETA JUDICIAL. Así puede verse también en la doctrina de casación contenida en el No. 304 del Tomo 3.o de la **Jurisprudencia de la Corte.**

AUTO PARA MEJOR PROVEER EN MATERIA CRIMINAL
- Nº 21 -

Se pidió en el recurso de casación de un juicio por homicidio, que antes de fallar la casación dictara la Sala auto para mejor proveer con el fin de que los médicos legistas conceptuaran acerca del estado mental del procesado.

"Con el mayor detenimiento y en varias de sus sesiones estudió la Sala la cuestión propuesta acerca del auto para mejor proveer, llegando a concluír, nítidamente, que es inadmisible el dictarlo en la forma y en la oportunidad de que se trata. En efecto: el recurso de casación—como puede verse en los proveídos citados por el señor Procurador—no permite que se decrete, para mejor proveer, la práctica de las diligencias, sino después de la infirmación del fallo recurrido y cuando para dictar con acierto la sentencia de reemplazo sea preciso que se aclaren ciertos puntos, o que sean resueltas en forma científica determinadas cuestiones. De otro modo quedarían desvirtuados por completo la naturaleza y los fines que son propios del recurso, por razones obvias que lo harían confundir con una tercera instancia; de suerte que si con las limitaciones dichas, por analogía y con un criterio favorable al acusado, y no por disposición expresa de la ley sino adoptando la doctrina admitida en casación civil, ha admitido la Sala de Casación en lo Criminal que se dicten autos para mejor proveer, ha sido en atención a que, para dictar la sentencia de reemplazo no procede la Corte propiamente como tribunal de casación, sino que asume las funciones de tribunal de instancia". (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 10 de 1932)..... 641, 2ª

AVALUO
- Nº 22 -

Los demandados en un juicio divisorio interpusieron recurso de casación contra la sentencia final. Dispuso el Tribunal que por peritos se determinase la cuantía de la acción y señaló un término de

Págs.

diez días para que el recurrente cumpliese lo relacionado con el avalúo. Posteriormente se declaró desierto el recurso por haber pasado el tiempo señalado para practicar el avalúo sin que el recurrente cumpliera esa formalidad. Pidió reposición de ese auto y el Tribunal consideró que el recurrente debió hacer todas las gestiones conducentes a obtener el avalúo, tales como la de facilitar el traslado de los peritos al lugar de ubicación de la finca, etc. Se recurrió de hecho.

"La Corte estima que fue exagerada la resolución del Tribunal, contenida en el auto de nueve de diciembre, en cuanto descargó en absoluto sobre el recurrente el cumplimiento de lo ordenado en el auto de tres de noviembre anterior, o sea el avalúo pericial de la cuantía de la acción. Con arreglo al inciso 2º del artículo 524, en estos casos el justiprecio se hace a costa de la parte recurrente y si deja de practicarse por culpa de ella, se da por no interpuesto el recurso; pero semejante disposición no releva a la entidad judicial de prestar su apoyo para que la diligencia se lleve a cabo en todo aquello que sobrepasa los límites de la actividad particular, como la citación de los peritos para que tomen posesión, la fijación del monto de los honorarios (artículo 570), el reemplazo de los peritos en el evento del artículo 713, etc. Tanto más necesario es este apoyo cuanto que, como es sabido, en la práctica la prueba pericial suele ofrecer dificultades, provenientes muchas veces de las pretensiones de los peritos nombrados respecto al importe de los honorarios; y las dificultades crecen en este sentido cuando, como aquí sucede, en la elección de los peritos no intervienen las partes, sino que ellos son designados directamente por el juzgador. Siendo esto así, la Sala considera que la parte recurrente debió haber reclamado contra el auto de nueve de diciembre, con el fin de que fuera aclarado en el sentido de que el término de diez días se entendía desde el acto de la posesión de los peritos y siempre que, no por renuencia de éstos, sino de ella en verificar los suministros que le incumbían, no se practicara la diligencia de avalúo. Empero, dejó ejecutoriar el auto y éste constituye ahora un obstáculo infranqueable para la concesión del recurso de casación, a pesar de que la Sala disiente, en principio, por las razones expresadas, del pensamiento del Tribunal". (Auto, Sala de Casación Civil, XL, Nº 1888, abril 28 de 1934)..... 306, 2ª

B

BUENA FE
- Nº 23 -

El recurrente en casación en un juicio ordinario sobre restitución de una finca alegaba la violación del artículo 1521 del Código Civil por el Tribunal sentenciador, pues se había reconocido el título del demandado sobre una finca que estaba embargada cuando se verificó la adquisición del inmueble. Sostiene la Corte, de acuerdo con el artículo 42 de la ley 95 de 1890, que la prohibición contenida en el artículo 43 de la ley 57 de 1887, no se extiende al caso de la enajenación o hipotecación cuando es hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada y que no hay mala fe en el adquirente distinto de los que figuraron como interesados en el juicio en que se decretó el embargo de la finca. Sobre el punto de la buena fe, dice lo siguiente:

"La buena fe, o sea la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla (artículo 768 del Código Civil), es un elemento moral que pertenece al fuero interno, que se presume en los contratantes y en cuya apreciación los tribunales son soberanos. 'La apreciación del sentenciador sobre hechos morales no puede ser desatendida por la Corte en casación sino por prueba evidente en contrario, desatendida por el Tribunal'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 3º, número 467). 'Es principio de derecho que cuando la ley deja al buen juicio del juzgador un radio de acción para obrar en él, según sus conocimientos jurídicos, su conciencia y lo que resulte de autos, a nadie le es dado penetrar en el arbitrio de ese juzgador, ni mucho menos infirmar el juicio que él ha formado en virtud de los datos y de la ciencia que posee; y por consiguiente, en cuestiones de hecho, debe respetarse el juicio del Tribunal, porque la ley sobre casación no le da a la Corte autoridad para inmiscuirse en la parte discrecional del Tribunal'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 1º, número 509)". (Casación, XL, Nº 1887, julio 4 de 1932). (1)..... 179, 2ª

(1) Concordancia: No. 939, Tomo 3.o, Jurisprudencia de la Corte.

CALIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD
- Nº 24 -

En un proceso por homicidio en que la respuesta del jurado al cuestionario que se le sometió fue afirmativa de la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio simplemente voluntario, pretendía el recurrente que se aplicara una penalidad atenuada.

"...Si un jurado califica la responsabilidad de un homicida en la categoría de los simplemente voluntarios, el juez de derecho no puede, en manera alguna, separarse de esa contestación, buscando en el proceso fundamentos distintos para modificar la responsabilidad del acusado, a no ser que se trate de los casos contemplados en el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal, porque entonces quedaría en desacuerdo con el veredicto y asumiría facultades que expresamente están atribuídas a los jueces de hecho. Como en el caso presente, al contestar de una manera simplemente afirmativa el primer cuestionario, el jurado declaró un homicidio simplemente voluntario,

Págs.

sin ninguna modificación, está completamente vedado al juez de derecho separarse de ese veredicto, y lo dicho es suficiente para llegar a la conclusión de que es inaceptable la primera causal alegada por el recurrente". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 9 de 1934) 322, 1ª

C

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

- Nº 25 -

La prueba aducida por un sindicado para solicitar el cambio de radicación de un sumario a otro distrito judicial era deficiente, porque no precisaba ni demostraba nada sobre la necesidad de la radicación en otro lugar.

"Considera la Sala que los cambios de radicación no se justifican sino cuando verdaderamente resaltan con toda claridad los motivos que imponen tal medida, de acuerdo con lo expresado al respecto por la ley. Si por un simple capricho o por cualesquiera temores de los sindicados o procesados, se va optando por realizar tales cambios, indudablemente la recta administración de justicia y los fueros de imparcialidad y pulcritud ética de que debe suponerse revestidos a todos los juzgadores, se afectan grandemente". (Acuerdo de la Sala de Casación en lo Criminal, XL, Nº 1886, febrero 7 de 1934) 105 1ª

CASACION

- Nº 26 -

Contra la sentencia sobre liquidación de una sociedad interpusieron recurso de casación todas las partes en el juicio, invocando la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial por no haberse notificado a todas las partes la sentencia de primera instancia. Casó la Corte la sentencia del Tribunal y dijo:

"Considera la Corte que en efecto la sentencia de primera instancia no fue notificada a la demandante señora Magdalena de la Torre de Herrera, representada por su marido señor Evaristo Herrera, y no obstante esta informalidad, se concedió el recurso de apelación ante el Tribunal. Es evidente que la actuación de primera instancia no había terminado cuando se concedió la apelación, y el Tribunal carecía de jurisdicción para conocer de un negocio en que no se había surtido todavía la tramitación de la primera instancia. El Juez no había perdido aún la jurisdicción, y por lo mismo no pudo adquirirla el superior para conocer de la segunda instancia del juicio. Está, pues, justificada la causal de casación propuesta por todas las partes en este recurso, de modo que debe infirmarse el fallo recurrido, y con aplicación de los artículos 448 y 458 del Código Judicial..." (Casación, XL, Nº 1888, abril 9 de 1934) 313, 1ª

Págs.

CASACION

- Nº 27 -

"La Corte tiene resuelto, de acuerdo con los términos del artículo 2º de la ley 169 de 1896, causal 2ª, que el no declarar el Juez una excepción perentoria que no fue alegada en tiempo oportuno, no constituye ninguna causal de casación". (Casación, XL, Nº 1889, septiembre 2 de 1932). (1) 483, 1ª

(1) Véase la sentencia de 31 de julio de 1924, **Gaceta Judicial**, Tomo 31, página 87.

CASACION

- Nº 28 -

El defensor de un ausente en juicio de reivindicación no propuso, al contestar por su defendido la demanda, la excepción de prescripción.

"De suerte que si Camacho no propuso la excepción de prescripción, ni la alegó en las instancias del juicio, hoy no puede hacerse valer en casación ese extremo por ser medio nuevo, extraño al debate". (Casación, XL, Nº 1889, agosto 1º de 1932) 430, 1ª

CASACION

- Nº 29 -

"No procede el recurso de casación por el quebrantamiento del artículo 341 del Código Judicial, que es disposición adjetiva que mira a la tramitación de los litigios y no a la sustancia del derecho". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 27 de 1934) 287, 2º

CASACION

- Nº 30 -

"Siendo igual el principio sentado en el artículo 51 de la ley 105 de 1890 al del 343 del nuevo Código Judicial, es aplicable al caso la jurisprudencia constante de la Corte de que no es motivo de casación de una sentencia el hecho de que el Tribunal haya dejado de reconocer una excepción que no fue alegada oportunamente, aunque aparezca comprobada". (Casación, XL, Nº 1888, abril 28 de 1934). (1) 298, 1ª

(1) Concordancias: Nos. 1555, 1559, 1589, 1595, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte**, 929, 945, 948, Tomo 2.o, 1615, Tomo 3o.

CASACION

- Nº 31 -

"Las violaciones de las disposiciones de las ordenanzas departamentales no están sujetas a casación. Este recurso sólo se concede respecto de las sentencias de los Tribunales, basadas en las leyes de la República, y bien se sabe que las ordenanzas departamentales sólo se aplican dentro del territorio del respectivo De-

Págs.

partamento". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 19 de 1934) 265, 1ª

CASACION

- Nº 32 -

Véase la doctrina expuesta bajo el mote "Demanda de Casación", agosto 31 de 1932, XL 468, 1ª

CASACION

- Nº 33 -

"La relación más o menos estrecha que el sentenciador halla en dos hechos comprobados para deducir una conclusión, es cuestión que escapa a la casación, porque en ello obra el criterio del juzgador, que es soberano, mientras no aparezca un error evidente de hecho..." (Casación, XL, Nº 1887, junio 13 de 1932) 144, 1ª

CASACION

- Nº 34 -

"No es alegable en casación la segunda causal que reconocía el artículo 2º de la ley 169 de 1896, cuando la sentencia ha sido absolutoria, pues ésta resuelve todas las peticiones de la demanda y guarda consonancia con lo pedido en ella". (Casación, XL, Nº 1886, junio 3 de 1932) 91, 2ª

CASACION

- Nº 35 -

Se acusaba un fallo, entre otros motivos, porque dizque el Tribunal sentenciador había interpretado erróneamente "el significado sustantivo" del artículo 837 del antiguo Código Judicial, hoy 472 del nuevo.

"Cuanto al artículo 837 del Código Judicial, en repetidas ocasiones ha declarado la Corte que la disposición allí consagrada es meramente exhortativa, de suerte que su transgresión no puede servir en sí misma para fundar una causal de casación. (Casación de 24 de mayo de 1920, GACETA JUDICIAL, - Tomo XXVIII)". (Casación, XL, Nº 1887, junio 15 de 1932) (1) 151, 1ª

(1) Concordancia: **Jurisprudencia de la Corte,** Tomo 3.o, número 451, Tomo 3.o, 539.

CASACION

- Nº 36 -

"La violación de disposiciones legales adjetivas o de mero procedimiento no dan lugar al recurso de casación". (Casación, XL, Nº 1887, junio 16 de 1932) (1). 157, 2ª

(1) Concordancias: Nos. 505, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte,** 435.

Págs.

CASACION

- Nº 37 -

"Los medios nuevos que no han sido discutidos en las instancias del juicio no son admisibles en casación". (Casación, XL, Nº 1887, junio 16 de 1932) (1) 158, 1ª

(1) Concordancias: Nos. 521, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte,** 262, 265, 287, 291, Tomo 2.o. 445, 536, Tomo 3o.

CASACION

- Nº 38 -

Se intentó una demanda de casación contra una sentencia proferida en juicio de reivindicación sin expresar el recurrente por separado cada una de las causales de casación ni los motivos en que se apoyaban las causales alegadas.

"Quien formula una demanda de casación debe sujetarse a las reglas que para el efecto tiene determinadas la ley de manera estricta, porque así lo requiere la naturaleza de este recurso. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 3º, número 1125). El recurrente divide en dos capítulos la demanda de casación, y omite la enumeración de los motivos correspondientes a cada causal. El capítulo primero es una censura global a la sentencia recurrida. No expresa por qué han sido violadas las disposiciones que cita; no indica cuáles son las leyes aplicables al caso del pleito; no señala una a una las pruebas mal apreciadas; no cita los preceptos violados por error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas". (Casación, XL, Nº 1887, julio 26 de 1932) 212, 2ª

CASACION

- Nº 39 -

"La acusación por violación directa de una sentencia de casación no constituye causal de casación". (Casación, XL, Nº 1887, julio 11 de 1932) 186, 2ª

CAUSA EN EL CONTRATO DE VENTA

- Nº 40 -

En un juicio sobre nulidad por simulación de un contrato de compraventa decía el sentenciador que en el contrato tachado de nulo no había existido causa ni, por consiguiente, ánimo por parte del vendedor de trasferir el dominio y en el comprador de adquirirlo, ni objeto. por que éste es el término de la obligación, y que la ausencia de esos elementos esenciales anulaba de modo absoluto el contrato. En casación alegó el demandado que el Tribunal confundía en esos pasajes el consentimiento con la causa y el objeto. requisitos diferentes, como lo es también de los otros la capacidad; que la demanda no traía acusación sino por falta de causa y el Tribunal lo reconocía

Págs.

así, pero aplicaba erradamente a esa causa las disposiciones sobre el consentimiento y el objeto y con esos errores, que saltaban a la vista, había violado los artículos 1502, 1717, 1740 y 1524 del Código Civil.

"Se considera: El artículo 1502 del Código Civil habla de los cuatro requisitos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, y que son: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita. El artículo 1517 de la misma obra estatuye que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer; y que el mero uso de las cosas o su tenencia puede ser objeto de la declaración. El artículo 1524 prescribe que no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero que no es necesario expresarla; que la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente; y que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato. Por su parte, la Corte ha dicho que 'se entiende por causa el motivo inmediato que induce a las partes a contratar, es decir, que la causa de la obligación para el vendedor es la adquisición del precio de la cosa vendida, y para el comprador la adquisición de dicha cosa, por ser esos respectivamente los motivos inmediatos que los contratantes tuvieron para celebrar el contrato, sin que deban tenerse en cuenta los motivos mediatos de la obligación de cada parte'. (GACETA JUDICIAL, año 13, 110, 1ª). Acorde con todo esto, el sentenciador sostuvo que siendo simulado el contrato no pudo tener causa, 'puesto que el vendedor Parra no pudo proponerse que Reyes fuera obligado a pagar el precio de la cosa, ni a su vez el comprador quiso obligar a Parra a enajenarle y entregarle los objetos de la venta'. Como se ve, el Tribunal, de acuerdo con la ley y con la jurisprudencia, no se equivocó al afirmar que para el vendedor la causa es la adquisición del precio de la cosa vendida y para el comprador, la adquisición de dicha cosa; y siendo esto así, mal pudo violar el artículo 1524 del Código Civil. Con que el sentenciador llegara a la conclusión de que el contrato simulado carecía de causa, tenía suficiente base para decretar la nulidad demandada, pues la causa, del modo como la entendió el Tribunal, es uno de los requisitos necesarios para que un contrato tenga valor. Ha podido, pues, el sentenciador prescindir de hablar de los otros elementos o requisitos necesarios para la validez de un contrato, pero habló de ellos sin confundirlos, o mejor dicho, del consentimiento y del objeto para deducir que en un contrato simulado no puede haber consentimiento para celebrar un contrato real, porque todo es fingido, lo cual es verdad; y que tampoco hay objeto, porque si el de la obligación del comprador es el precio, como lo reconoce el mismo recurrente, mal puede haber objeto en un contrato simulado, una vez que el comprador no va a dar precio alguno ni el vendedor a transferir el dominio de la cosa vendida. Con todo esto, que no era necesario decirlo, la Corte no encuentra que el Tribunal hubiera violado los artículos indicados por el recurrente, sino que, por el contrario, los ha interpretado rectamente". (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 30 de 1932)..... 557, 1ª

Págs.

CAUSAL DE CASACION

- Nº 41 -

Se alegaba que la sentencia no estaba en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes por haberse abstenido el Tribunal de fallar la excepción de caso fortuito propuesta.

"Esta acusación carece de fundamento, pues cuando el juzgador halla que no están justificados los cargos de la demanda, no tiene por qué entrar a decidir sobre las excepciones que impusiera el demandado en su defensa: 'Un fallo absolutorio—ha dicho la Corte — implica una decisión en orden a todas las cuestiones que susciten la demanda y la contestación'. (Casación de 19 de..... de 1906, XXII, 343, 1ª)". (Casación, XL, Nº 1887, julio 25 de 1932) (1)..... 207, 1ª

(1) Concordancias: Nos. 626, 628, 631, 633, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte.**

CAUSAL DE CASACION

- Nº 42 -

"Varias veces ha declarado la Corte que la calificación de los fundamentos de un fallo no puede ser materia de la segunda causal, sino de la primera". (Casación, XL, Nº 1887, junio 15 de 1932) (1).... 149, 1ª

(1) Artículo 2.o de la ley 169 de 1896, hoy 520 del nuevo Código Judicial.

CAUSAL DE CASACION

- Nº 43 -

El recurrente demandante en un juicio de reivindicación alegó la segunda causal de casación conforme al artículo 2º de la ley 169 de 1896, y la fundó en que "el Tribunal, desconociendo que todas las partes tuvieron a Muñoz como poseedor de la finca, tanto en la demanda como en la contestación de ella, declaró que no es poseedor del inmueble reclamado, sin ser éste un punto que haya sido objeto de controversia". Dijo la Corte:

"Se considera: Según el artículo 51 de la ley 105 de 1890, 'cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida; sin embargo, respecto de la excepción de prescripción es preciso que se alegue, cosa que puede hacerse en cualquier estado de la causa'. 'No es casable por la segunda de las causales de casación (art.

Págs.

2º, ley 169 de 1896) la sentencia del Tribunal que declara la excepción de ilegitimidad de personería sustantiva del demandante, sin que esta excepción hubiera sido materia del debate'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 3º, número 1956). La doctrina de la Corte se cifra en lo dispuesto por el artículo 51, atrás transcrito. La causal segunda es, por ende, infundada". (Casación, XL, Nº 1887, julio 26 de 1932)..... 212, 2ª

CAUSAL DE CASACION

- Nº 44 -

Por la segunda causal de casación que reconoce el artículo 520 del nuevo Código Judicial se atacó una sentencia, alegando el recurrente que no había fallado el Tribunal sentenciador sobre las excepciones perentorias de falta de acción y petición de un modo indebido, alegadas oportunamente en ambas instancias del juicio.

"Considera la Corte que como estas excepciones consisten en que el cesionario de una herencia no es responsable de las deudas del causante, sobre todo después de que se ha liquidado la sucesión (1), esta cuestión fue tratada a espacio en la sentencia del Juez, que fue confirmada por el Tribunal, y por éste en un largo razonamiento de su fallo..... La Corte, en jurisprudencia constante, ha dicho: 'No es incongruente por defecto la sentencia que, reconociendo la acción del demandante, falla implícitamente las excepciones propuestas por el demandado. Es decir, cuando las analiza en la parte motiva, e implícitamente las niega en la resolutiva al condenarlo'. (Sentencia de 30 de agosto de 1920, Tomo 28, página 3ª)". (Casación, XL, Nº 1887, julio 11 de 1932) 202, 1ª

(1) La doctrina de la Corte sobre cesión de derechos herenciales está expuesta en el punto titulado: «Cesionario de derechos herenciales», al cual remitimos al lector.

CAUSAL DE CASACION

- Nº 45 -

El actor que ganó el juicio de resolución de un contrato de compraventa por falta de pago del precio, atacaba en casación el fallo por la segunda causal de casación que reconocía el artículo 2º de la ley 169 de 1896, porque decía no estaba en consonancia con las pretensiones de la demanda, como que solamente se había pedido la resolución del contrato y la correspondiente restitución, mas no el pago de mejoras útiles al comprador, al cual debió condenársele como poseedor de mala fe, según lo pedido en la demanda.

"Cierto que no fue materia de la demanda el pago de mejoras al demandante; pero ello no quiere decir que sea el caso de la causal segunda, porque el pago de aquellas mejoras es consecuencial de la restitución, aunque así no se pidiera, como lo es esta restitución, al resolverse el contrato, porque el objeto de la resolución es volver las cosas al estado anterior. (Casación de 24 de junio de 1921, Tomo XXVIII, página 360). Ahora, si el Tribunal aplicó indebidamente el inciso 1º del artículo 966 del Código Civil, y lo violó, haciendo una condenación en más de lo pedido, el error en un fallo no se corrige por la causal segunda, sino por la primera, conforme al numeral 1º del artículo 12 de la ley 90 de 1920, porque sólo lo afectaría parcialmente. El cargo no procede". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 30 de 1932)..... 81, 1ª

CAUSAL DE CASACION

- Nº 46 -

"La afirmación que hace un recurrente de que el Tribunal sentenciador desatendió las pruebas y falló negando su derecho invocado en la demanda y los hechos demostrados y que por ese motivo la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, no es motivo de la segunda causal de casación que reconocía el artículo 2º de la ley 169 de 1896, sino de la primera, por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas o por violaciones de la ley". (Casación, XL, Nº 1887, junio 15 de 1932)..... 149, 1ª

CAUSAL DE CASACION

- Nº 47 -

Se alegaba en un recurso de casación la segunda causal de casación porque decía la parte demandada recurrente que la sentencia había dictado un fallo de reivindicación sin que se hubiese pedido. A esto observaba la parte actora, también recurrente, que si los demandantes no hubiesen promovido la acción reivindicatoria sino otra, y si el Tribunal, sin embargo, hubiese entendido la demanda en el sentido de que lo demandado era reivindicación, la causal de casación alegable sería la primera de las señaladas en el artículo 2º de la ley 169 de 1896, hoy artículo 520 del nuevo Código Judicial, y no la segunda.

"La Corte acoge tal reparo del opositor, que está en consonancia con lo dicho por ella en casación de 7 de diciembre de 1923. Se dijo allí lo siguiente: 'Si el motivo porque se acusa la sentencia en casación se relaciona con las interpretaciones de la demanda y de varias piezas del proceso, la casación procedería por la primera causal, y no por la segunda'. - (GACETA JUDICIAL, XXX, 236, 2ª), y ya había dicho en casación de 21 de julio de 1922 que 'la interpretación de una demanda es cuestión de hecho de la privativa competencia del Tribunal'. (GACTA JUDICIAL, XXX, 246, 3ª)".

(Casación, XL, Nº 1886, mayo 6 de 1932) 45, 1ª

Págs.

CAUSAL DE CASACION

- Nº 48 -

"Si el Tribunal interpretó la demanda de acuerdo con los hechos expuestos en la misma, y con la naturaleza de la acción, e incurrió por ello en algún error, sería no la segunda, sino la causal primera, la que podría alegarse en casación, siendo así que, como se ha visto, hay completa correspondencia entre lo pedido y lo fallado". (Casación, XL, Nº 1890, octubre 26 de 1932) 598, 2ª

CAUSAL DE CASACION

- Nº 49 -

El demandado en juicio de reivindicación alegaba en casación la segunda causal conforme al artículo 2º de la ley 169 de 1896 y sostenía que al declarar el Tribunal que la actora había adquirido el dominio del inmueble reivindicado por prescripción extraordinaria contra él y contra toda persona, había violado los artículos 2531 y 2532 del Código Civil.

"...Se comprende sin esfuerzo que el cargo, así presentado, no es motivo propio de la segunda causal, sino de la primera, que es la adecuada para el examen de los errores de hecho o de derecho en que se incurra en la apreciación de las pruebas o de las violaciones directas o indirectas de textos legales". (Casación, XL, Nº 1889. agosto 31 de 1932).. 476, 1ª

CESIONARIO DE DERECHOS HERENCIALES

- Nº 50 -

Se condenó a un cesionario de todos los bienes de Ernesto Cortíssoz y de los gananciales y herencia de la viuda, al pago de una suma de dinero que debía el de cujus. El demandado recurrente alegaba en el recurso de casación contra la sentencia la violación de los artículos 1008, 1010, 1041, 1155 y 1434 del Código Civil, porque se afirmaba que el sentenciador había colocado al cesionario en el puesto del heredero para todos los efectos, inclusive para el de asumir la personería de la sucesión y aun del difunto frente a la demanda de sus acreedores, y que se habían interpretado erróneamente esos artículos estimando que el carácter de heredero que ellos consagran pasa al cesionario de los derechos hereditarios.

"Considera la Corte que si el concepto del Tribunal fuera el que el recurrente le atribuye, esto es, que al vender un heredero los derechos que tiene en la sucesión, traspasa al cesionario su calidad de heredero, sería concluyente la acusación que precede, y la violación de los artículos de la ley civil que cita el autor del recurso; pero en el fondo la sentencia no hace otra cosa que afirmar que quien compra los derechos hereditarios en una sucesión, adquiere, respecto del acervo hereditario, los derechos y asume las cargas del heredero vendedor, esto es, le sustituye en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Es cierto que algunos de los pasajes de la sentencia pueden prestarse a los reparos que el recurrente señala, por ejemplo cuando dice: 'La señora viuda de Cortíssoz vendió al señor Rodríguez los derechos herenciales suyos y de sus hijos en la sucesión de don Ernesto, respondiendo sólo de aquella calidad de herederos; y el cesionario, por lo tanto, asumió por tal hecho la calidad de heredero universal, puro y simple, de don Ernesto Cortíssoz, lo que quiere decir, no habiéndose estipulado condición ninguna para quedar como beneficiario, que sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones'. Hay en el párrafo transcrito impropiedad en los términos, pues se dice que el cesionario asume la calidad de heredero universal, y que sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones; pero esta impropiedad no alcanza a constituír un motivo, desde luego que, si en lugar de exponer el concepto en esa forma, se expresa que el cesionario adquiere todos los derechos y asume todas las responsabilidades que el heredero universal tiene en el haz hereditario, se llega al concepto justo, y a establecer la verdadera naturaleza de la cesión o venta de los derechos de herencia. Baudry Lacantinerie precisa en los siguientes apartes citados por el opositor del recurso, la verdadera naturaleza de la cesión de derechos a una herencia: 'La venta o cesión de herencia, dice el jurisconsulto francés, es la convención por la cual un heredero cede a cambio de dinero la universalidad de los derechos pecuniarios que resultan para él de la apertura de la sucesión. No es su calidad de heredero la que el vendedor transmite por este contrato; esta calidad es personal e intransmisible; porque no puede depender del que es heredero, dar a otro su lugar en la familia y su grado de parentesco. Lo que constituye el objeto de la venta es la masa de los bienes y de las deudas dejadas por el difunto, la universalidad de su patrimonio activo y pasivo, universum jus defuncti. El heredero que ha vendido la herencia, sigue, pues, siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indeleble sobre su cabeza; pero el emolumento que de ese título dependía, pasa al comprador'. (B. L., Tomo XIX, número 869). Más adelante agrega: 'La definición que hemos dado antes de la cesión de la herencia, indica su naturaleza. El heredero cede todo el emolumento anexo a su calidad de heredero, es decir, todos los bienes que corresponden a la sucesión, con cargo para el cesionario de tomar para sí todo el pasivo del difunto. Esta transmisión hecha en bloque, imprime al contrato un carácter aleatorio'. (Id., número 865). 'Cualesquiera que sean el número, la naturaleza y el valor de los objetos que componen la sucesión, poco importa. Es la sucesión misma la que ha sido vendida con la eventualidad de las

Págs.

ventajas que ella puede procurar. Por consiguiente, sea que la sucesión produzca un emolumento menor que el que el cesionario había calculado, sea que sufra la evicción de una o muchas cosas particulares que parecían formar parte de aquélla, sea que la sucesión se reduzca a nada, y aunque el pasivo exceda al activo, el cedente no está sometido a ningún recurso'. (Id., número 888). 'El cesionario debe, por lo demás, pagar todas las deudas de la sucesión, cumplir todas las obligaciones contraídas por el difunto con cargo a su patrimonio. Debe tomar el lugar pecuniario del cedente, y soportar, como éste lo hubiera hecho, si no hubiera cedido sus derechos, todas las cargas que pesan sobre la herencia'. (Id., número 893). Por consiguiente, no puede alegar el cesionario de una herencia que él sólo compró los derechos y que no es responsable del pasivo, ya que la herencia es el conjunto de todos los derechos y obligaciones que el causante tenía al tiempo de su fallecimiento. Con mucho acierto dice un comentarista del Código español, refiriéndose al artículo 1531 de ese cuerpo de leyes, igual en esencia al 1967 del nuéstro: 'Lo esencial en este contrato es que la herencia está considerada como una universalidad, como un conjunto de derechos y obligaciones, pues imponiendo la calidad de herederos de determinados deberes al propio tiempo que contiene los derechos de sucesor, todo ello se entiende transmitido por el acto de la cesión al cesionario. De aquí que la transmisión del dominio de la herencia no tenga por MODO la tradición o entrega de las cosas de que se compone, sino la cuasitradición del derecho hereditario, que es propiamente el objeto de la venta'. Otra cosa es que los acreedores de la herencia puedan dirigirse, si lo tienen a bien, contra el heredero cedente de sus derechos hereditarios para que responda de sus créditos; pero pueden hacerlo contra el cesionario que, como se ha dicho, sustituye al heredero vendedor en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, sin asumir por ello la calidad de heredero. El señor Andrés Rodríguez Diago, cesionario a título universal de los derechos hereditarios del señor Cortíssoz, no puede rehuír las cargas que pesaban sobre la herencia, pues aunque no tiene la calidad de heredero, que, como se ha visto, es intransmisible, sustituyó a los herederos en los derechos y obligaciones de la herencia. Y si el Tribunal lo reconoció así, aunque el razonamiento puede pecar de impreciso, no ha habido violación de los artículos de la ley civil que el recurrente apunta". (Casación, XL, Nº 1887, julio 11 de 1932)..... 196, 1ª y 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

- Nº 51 -

Se atacaba en casación el fallo por la apreciación de las circunstancias llamadas agravantes que había hecho el sentenciador.

Págs.

"La forma, hasta cierto punto ocasional como se desarrollaron los sucesos, la circunstancia de la riña en la cual no figuró Valencia como provocador, la consideración de que en ella tomaron parte varias personas de dos grupos opuestos y numerosos de combatientes, permiten deducir que no hubo acuerdo de voluntades y de esfuerzo para aprovecharse del mayor número con el fin de atacar, y que es aplicable lo que esta Sala dijo en ocasión semejante, así: 'El modo como se desarrollaron los acontecimientos, está indicando que unos y otros de los contendores concurrieron al sitio del suceso no con el ánimo de atacar a determinadas personas. De suerte que, en realidad de verdad, no hubo acumulación voluntaria de personas y fuerzas con el fin de atacar a otra u otras, aprovechándose de esa circunstancia para lograr con mayor facilidad su intento; que es el verdadero alcance de la agravante mencionada en el ordinal 5º del artículo 117'. (Sentencia de 21 de agosto de 1928). En cuanto a la publicidad del sitio, de que habla la sentencia como agravante sin explicación alguna, no basta que el delito se cometa en un lugar que por su naturaleza o destinación sea público o de uso público, como una calle o plaza; la agravante que prevé el Código se refiere 'a la mayor publicidad', es decir, que no basta que el hecho delictuoso se cometa en un lugar público, sino que es necesario además, que ese sitio tenga una publicidad especial a causa de la reunión o agrupación de personas con algún fin, como una procesión o mercado, pues lo que se ofende o perturba en esos casos no es la materialidad del sitio, sino el sentimiento de las personas que se congregan". (Casación, XL, Nº 1889, junio 11 de 1932)..... 497, 1ª

COMPETENCIA

- Nº 52 -

Se acusaba un fallo, entre otros motivos, por la causal cuarta de casación que reconocía el artículo 2º de la ley 169 de 1896, por incompetencia de jurisdicción en el Tribunal sentenciador.

"Dos juicios de sucesión hubo por causa de muerte de Eladio Clavijo: uno ante el Juzgado 1º y otro ante el Juzgado 5º. El primero se protocolizó el diecisiete de mayo de mil novecientos veintiséis en la Notaría 4ª, y el segundo se protocolizó el veintiuno de junio de mil novecientos veintisiete, en la Notaría 3ª. La demanda con que se inició este juicio fue presentada al reparto el veintiocho de octubre del mismo año de mil novecientos veintisiete. Como se ve, no había cuando se inició el presente pleito, ningún juicio de sucesión pendiente por muerte de Eladio Clavijo, dentro del cual pudiera cumplirse la condición del artículo 162 del Código de Organización Judicial, que dice: '...Cualquier diligencia de entrega posterior a la sentencia aprobatoria de la partición y a la protocolización de los referidos juicios mor-

Págs.

tuorios, no implica que ellos no hubieran terminado o que estuvieran pendientes. Ahora bien: no habiendo en curso ningún juicio de sucesión de Eladio Clavijo, dentro del cual pudiera presentarse la demanda con que se inició este juicio, necesariamente tenía que repartirse, y así se hizo. No encuentra, pues, la Corte, la falta de jurisdicción de que habla el recurrente, por no haberse entablado esta controversia ante el Juez 1º del Circuito de Bogotá y menos la falta de jurisdicción del Tribunal de Bogotá para pronunciar en este litigio la sentencia de segundo grado, falta de jurisdicción de que también se queja el recurrente. El Tribunal es competente para revisar cualquier sentencia dictada en juicio ordinario de mayor cuantía por cualquiera de los jueces del respectivo distrito judicial. A este respecto es aplicable la siguiente doctrina de la Corte: 'No es casable por incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal sentenciador, la sentencia de segunda instancia en un juicio de deslinde, en razón de haber conocido un Juez que no es del Circuito donde se halla ubicada la finca materia del juicio, sino otro del mismo distrito judicial; el Tribunal ejerce jurisdicción sobre todos los Circuitos de su territorio'. (Casación 13 julio de 1917, XXII, 112, 2ª)". Casación, XL, Nº 1887, junio 10 de 1932) ..... 168, 2ª y 169, 1ª

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA DEMANDA SOBRE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DICTADAS EN PAISES EXTRANJEROS

- Nº 53 -

Se pidió ante el Juez del Circuito respectivo el cumplimiento de la sentencia sobre interdicción judicial por causa de demencia de una señora, proferida por la primera Sala del Tribunal de primera instancia del Departamento del Sena, en la ciudad de París.

"El Juez del conocimiento conceptuó que el negocio era de competencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 32. numeral 3º, y 1228 del actual Código Judicial, porque si bien la solicitud se hizo bajo la vigencia del antiguo Código Judicial, la última disposición citada ordena que se apliquen a los juicios pendientes los nuevos reglamentos judiciales, menos en lo que dicen relación con los términos vencidos, los recursos interpuestos, las tercerías e incidentes. Considera la Corte ajustada a derecho la resolución del Juez, ya que la disposición del artículo 1228 del Código Judicial es de suyo clara y expresa, y por ello avoca el conocimiento del asunto". (Auto de la Sala de Casación Civil, XL, Nº 1887, junio 30 de 1932) 165, 2ª

CONCURSO RECIPROCO

- Nº 54 -

Dos individuos fueron condenados, en virtud de dos veredictos distintos, como reos de homicidio premeditado con circunstancias de asesinato, a la pena de veinte años de presidio cada uno. Dentro de la segunda causal de casación se pretendió estimar como nulidad del proceso el hecho de no haberse propuesto el concurso recíproco, así en el auto de proceder como en los cuestionarios propuestos al Jurado.

"Si se considera que el artículo 22 del Código Penal señala como autores del delito a los que lo cometen, ya solos y aisladamente, ya en concurso recíproco, fácilmente se echa de ver que tal circunstancia no puede tener cabida en este proceso de nulidad, porque la prueba de la responsabilidad de los encausados, en las condiciones deducidas en el proceso, dan claro margen para considerarlos como autores, aun cuando no se estimase probada la solidaridad o concurso recíproco". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 20 de 1934) 332, 1ª

CONFESION

- Nº 55 -

Se pedía la declaración de dominio de una casa y la consiguiente restitución, y como acción subsidiaria la de deberse a la actora una suma de dinero como valor de servicios remuneratorios prestados al causante de una sucesión, a cuyo representante presunto se demandó en el concepto de ser dueño de los derechos de los herederos. Se decía que habiendo confesado el demandado el carácter de herederos de sus representados y su filiación con relación al causante, se había incurrido en error de derecho al dejar de apreciar el Tribunal la confesión hecha en la contestación de la demanda como revelación de prueba de esos hechos.

"Considera la Corte que el Tribunal echa menos la prueba de que las señoras Alvear son herederas de Marco Alvear, de que Guerrero sea marido de Benedicta Alvear, y de que aquél haya sucedido en sus derechos hereditarios a María Paz Alvear, y el recurrente sostiene que tal prueba se halla en la confesión de Guerrero al contestar la demanda, por haber convenido en las afirmaciones relativas a esos hechos; pero como se trata del estado civil, de la condición de herederos y de la adquisición de derechos hereditarios, la confesión no es prueba pertinente para acreditar esos hechos, que requieren pruebas determinadas. La venta de derechos hereditarios exige escritura pública, según el artículo 1857 del Código Civil, la cual no puede suplirse por otra prueba (artículo 1860 ibídem). Respecto del estado civil, tiene sentado la Corte, de acuerdo con los principios, que la confesión implica una disposición del derecho sobre que recae, y, por lo tanto, es inadmisible en materia de estado civil. (Sentencia de 1º de marzo de 1928, Tomo 35 de la GACETA JUDICIAL, columna 1ª, al principio). Y en lo tocante a la condición de heredero de una persona respecto de otra,

Págs.

cuando se basa en vínculo de parentesco, tampoco admite la jurisprudencia, con razonables fundamentos, la prueba de confesión. Dijo esta Superioridad en sentencia de treinta de julio de mil novecientos veintiuno: 'La Corte considera que la prueba de confesión no es pertinente para establecer el carácter de heredero de una persona respecto de otra; pues que ese carácter, cuando se basa en los vínculos de parentesco, debe acreditarse con las correspondientes partidas del estado civil, o con la prueba supletoria de que trata el artículo 395 del Código Civil, o con la posesión notoria de dicho estado, lo cual se establece por medio de testigos'. 'En materia de estado civil, dijo esta Superioridad en sentencia que corre publicada en el Tomo VIII de la GACETA JUDICIAL, página 116, columna 2ª, la prueba de confesión es insuficiente por no poder ser ese estado materia de transacción'. (Tomo 29, página 20, columna 2ª). Ahora bien: como este fundamento es suficiente para sostener la sentencia, huelga considerar los demás reparos que van al fondo del fallo". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 30 de 1932) (1)..... 85, 2ª y 86, 1ª

(1) Concordancias: Nos. 778, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte**, 793, 1543, Tomo 3.o. Es jurisprudencia constante de la Corte. Concuerda con la doctrina de que la confesión no puede admitirse para comprobar el estado civil de las personas, la **Jurisprudencia de los Tribunales**, como puede verse en los números 2070, 2076, Tomo 1o.

CONFESION

- Nº 56 -

"La jurisprudencia tiene de antiguo decidido que valen como confesión las aseveraciones contenidas en las preguntas de las posiciones". (Casación, XL, Nº 1890, octubre 29 de 1932)..... 603, 2ª

CONFESION

- Nº 57 -

Para la restitución de una finca demandó Antonio Echeverría a Aristides F. Flórez, exponiendo entre los hechos de la demanda que el título del demandado derivaba de la venta que de la finca de propiedad del actor le había hecho un tercero cuando estaba vigente el embargo de ella en juicio ejecutivo. En el recurso de casación instaurado por el actor alegaba éste que procediendo el título del demandado de la venta que le había hecho Miguel Díaz, el Tribunal "erró evidentemente al desechar la prueba de confesión de Miguel Díaz, porque en la contestación de la demanda y en alegatos, el demandado Flórez agregó a su posesión la tenencia o la supuesta posesión del citado Díaz en la finca relacionada; hizo Flórez que las actividades de Díaz, su tradente, y el ánimo que éste tuvo en la tenencia de la finca, entraran a formar parte de su defensa en el juicio; y esto tenía que ser de absoluta necesidad para el demandado Flórez, porque éste cuando fue notificado de la demanda apenas sí tenía unos cuatro meses de posesión..." Dijo la Corte:

Págs.

"Se considera: Sobre lo principal de este motivo se ha dicho lo bastante al estudiar los anteriores cargos, pero la Corte procede a estudiarlo para demostrar más palmariamente la ineficacia del razonamiento del recurrente. Las posiciones a que el recurrente se refiere fueron pedidas por Flavio Novoa a Miguel Díaz ante el Juez 1º del Circuito de Cáqueza. En el caso presente la litis está trabada entre Antonio Echeverría, demandante, y Aristides F. Flórez, demandado. Miguel Díaz no es parte en este juicio, ni a él se le ha denunciado el pleito. 'La confesión—según el artículo 555 del Código Judicial—es la manifestación que una de las partes hace de ser cierto lo que la otra asegura con relación a su acción o excepción, deducidas en juicio'. La confesión no perjudica sino a quien la hace. y para que exista, es preciso que el hecho confesado le cause perjuicio. Según propia declaración del recurrente, 'la venta que hizo Díaz al demandado fue para que éste corriera las eventualidades, sin que el vendedor Díaz tuviera obligación de salir al saneamiento por evicción'. 'Para que haya confesión esencial es preciso que el hecho (positivo o negativo) sobre que ella versa, sea perjudicial al confesante'. (Jurisprudencia de la Corte, Tomo 3º, número 799). No es conforme con las normas legales que regulan esta clase de prueba, ni con los principios de derecho, sostener que lo confesado por una persona en juicio distinto pueda oponerse a otra para que perjudique a ésta última. 'Siendo, como es. la confesión, productora de una relación jurídica entre el confesante y aquel en cuyo favor se rinde, relación que constituye el derecho que uno adquiere contra el hecho, no puede dirigirse contra un tercero, por cuanto la obligación correlativa a ese derecho no le alcanza a obligar', ha dicho la Corte interpretando el artículo 1769 del Código Civil. (Jurisprudencia de la Corte, Tomo 2º, número 462). Si es cierto que de conformidad con lo preceptuado con el artículo 34 de la ley 169 de 1896, 'la confesión que se haga al absolver posiciones fuéra del juicio, ante Juez competente, tiene la fuerza de confesión judicial', este principio no puede entenderse en forma diferente de la establecida por la Corte en la doctrina que se acaba de copiar, o sea. que constituye plena prueba contra el que la ha rendido y no contra persona distinta del confesante". (Casación, XL, Nº 1887, julio 4 de 1932) (1).....181, 1ª y 2ª

(1) Artículos 1769 del Código Civil y 604 y siguientes del Código Judicial.

Págs.

CONTRATO CON EL GOBIERNO

- Nº 58 -

En el juicio ordinario seguido por la Compañía Colombiana de Fomento contra el Departamento de Boyacá para que se declarase vigente un contrato sobre exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio llamado Vásquez, sostenía el Tribunal que la prórroga para el cumplimiento del contrato concedida por el Departamento a la compañía contratista no tenía valor por haberse hecho por medio de simples documentos privados y no por escritura pública, como se había verificado el contrato. Dijo la Corte:

"La estipulación formal que el Tribunal reclama y cuya omisión según él hace arbitrario el obrar del Gobernador, a juicio de la Corte y a la luz de los principios generales que gobiernan la vinculación de la voluntad contractual, sí existen en el presente caso: el telegrama dirigido por la Sociedad Colombiana de Fomento en que se solicita la prórroga, el oficio de la junta asesora, la resolución del Gobernador, la aceptación de la sociedad y la coadyuvación de la compañía de Seguros, todo lo cual aparece en el expediente en documentos escritos, y cuya autenticidad no se ha discutido, establece aquella vinculación, porque la resolución del Gobernador, mediante el concepto favorable y escrito de la Junta asesora, según la cual admitió la policitación hecha sobre prórroga, y la comunicación dirigida al solicitante sobre el particular, determinaron el consentimiento sobre el pacto accesorio. Y no debe confundirse el escrito, que en este caso sólo es una formalidad probatoria, con el consentimiento mismo que, claramente manifestado, dio lugar a la modificación del término, modificación que por su carácter consensual no reclamaba la forma "ad substantiam" y modificación que es ley para los contratantes, y como tal, obligatoria para ambos.

Y mal pueden estos actos ser simplemente considerados, según lo observa el Tribunal, como los preliminares de la nueva estipulación, que por otra parte, ha debido constar por escrito en el papel competente y con las demás formalidades externas que la ley prescribe para la validez de las convenciones; porque como ya se ha demostrado, se trata simplemente de un contrato consensual, y en el caso cuestionado no puede considerarse como omitida la escritura que lo pruebe, porque esos documentos, aun en el carácter de privados, por el hecho de no haber sido redargüidos de falsos y por tenerse como reconocidos por la parte a quien se oponen, ya que figuraron como pruebas desde la demanda, tienen el valor de escritura pública respecto de los que aparecen suscribiéndolos, y hacen fe entre las partes, aun en lo meramente enunciativo, con tal que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato (Código Civil, arículos 1761 y 1765). Y obsérvese que el valor de escritura pública, que la disposición del artículo 1761 citado, da a esos documentos, equivale a plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y a la verdad de las declaraciones que en ellos hayan hecho los interesados; y como éstos están conformes en cuanto a la realidad de las declaraciones en ellos contenidas, hay que concluír, según el artículo 1759 del Código citado, que el pacto sobre prórroga existe y es valedero entre las partes, con todos los efectos jurídicos que le son propios. Tampoco es aceptable la conclusión de que la formalidad de la escritura era necesaria para la validez del nuevo pacto, con el objeto 'de evitar la extinción del contrato que, no obstante su carácter de consensual y no solemne, se había elevado a escritura pública por el querer de las partes y para seguridad de los cuantiosos bienes que allí estaban en juego'; porque en cuanto a las condiciones esenciales del contrato, tendientes a garantizar aquellos cuantiosos bienes, subsistían, no obstante la prórroga para su ejecución, dado que ésta no constituye novación, y porque precisamente, la ampliación del plazo para su ejecución tendía a hacerlo efectivo; ampliación que, acordada por las partes, plenamente capaces, es ley para las mismas, sin que la falta de la escritura pública pueda anularla, porque el otorgamiento de ésta no es solemnidad exigible por la ley como requisito esencial para esta clase de contratos, y la costumbre no uniforme y constante de someterlos a tal formalidad, se funda en la actuación pública de los encargados de la gestión administrativa y que deben dar cuenta de su obrar, de las condiciones y circunstancias en que lo realizan, para poner de manifiesto a los administrados y encargados de su control, la manera cómo han cumplido el mandato público que se les encomienda, y para responder de esas mismas gestiones cuando abusen de los poderes políticos o de los encargos administrativos que les hayan hecho y formalidades que se fundan también en la permanencia de la gestión administrativa que dice relación a la unidad de plan, de medios y de fines, que los encargados de realizarla deben apreciar siempre, para evitar controversias y opuestas aspiraciones, que degeneran o pueden degenerar en perjuicio de la misma gestión". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1888, marzo 1º de 1934). . . . . 376, 1ª, y 2ª.

CONTRATO INNOMINADO ALEATORIO

— 59 —

Juliana Patiño cedió a Jesús Antonio Alzate una casa, un solar y unos créditos a título oneroso, y por la cesión se obligó Alzate a pagarle su valor suministrándole todo lo que la Patiño necesitase para su congrua subsistencia, inclusive gastos de médico, medicamentos y asistencia en caso de enfermedad, gastos de entierro en caso de muerte, etc. El Juez en juicio sumario fijó en cien pesos mensuales la cantidad con que Alzate debía contribuír a la congrua substencia de la Patiño, pero como no cumpliese en darle la suma fija-

Págs.

la Patiño pidió en juicio ordinario la resolución del contrato de compraventa y la restitución de los bienes vendidos, y obtuvo sentencia favorable en ambas instancias. Contra la del Tribunal recurrió en demanda de casación el demandado alegando que había incurrido en error de derecho en la interpretación del auto del Juez que el Tribunal cita, porque no hay disposición legal alguna que autorice a los jueces para fijar el precio en cualesquiera clase de contratos, cuando sea indeterminado; porque aun cuando existiese esa disposición, en ese caso no habría indeterminación en el precio y menos en el caso de autos, ya que fue señalado en forma absolutamente clara en la escritura de contrato, donde se dijo que el demandado debía suministrar a la demandante todo lo necesario para su congrua subsistencia, etc. Después de precisar la Corte la clase de contrato celebrado entre la Patiño y el recurrente, copiando las cláusulas de la escritura de contrato, sienta la siguiente doctrina:

"A primera vista parece que se tratara de un contrato de renta vitalicia, pero en realidad no es así porque no se fijó en dinero la pensión que debía dar el contratante Alzate, como equivalente de las prestaciones de la otra parte, lo que es de la esencia de ese contrato. Se trata, a juicio de la Corte de un contrato innominado aleatorio, pues por él contrajo Alzate las obligaciones de sostener a la enajenante Patiño, cuidarla durante su vida y atenderla en su enfermedad, si ocurría, lo que conforme a la opinión de los expositores, son obligaciones de hacer y de dar, distintas a las de dar simplemente, que es conmutativa y esencial del contrato de renta vitalicia. Tratándose, pues, de un contrato simplemente innominado, está sujeto a la regla general consignada en el artículo 1546 del Código Civil, de ser resoluble en caso de incumplimiento por alguna de las partes. Ahora, el hecho de que el juez hubiera fijado en dinero lo que el contratante Alzate se comprometió a suministrar a la demandante Patiño, por haber ocurrido diferencias entre las partes en cuanto al cumplimiento, no es propiamente fijar el precio del contrato y variar su naturaleza ni imponer al demandado condiciones distintas de las en que había consentido, porque ellas aparecen en el contrato claras y expresas, sino estimar en dinero el equivalente de esas prestaciones, que por razón de las circunstancias podían variar, y por lo mismo no era dable y hasta equitativo fijarlas de antemano de modo preciso, sobre todo para el caso de incumplimiento por una de las partes. Al hacer esa fijación, el Juez estimó que se trataba de alimentos debidos en virtud de un título que prestaba mérito ejecutivo, en armonía con el artículo 1423 del Código Civil. Si esto no era así, y si el título exhibido por la solicitante Patiño no tenía la calidad de título ejecutivo, el demandado Alzate debió reclamar contra la providencia del Juez que así lo declaró, y no lo hizo sino que la dejó ejecutoriar. Por consiguiente no puede reconocerse un manifiesto error de derecho al tener en cuenta para decretar la resolución demandada el auto del Juez en que el cargo se apoya. Dice también el autor del recurso que al aceptar el Tribunal la providencia del Juez en que estimó en cien pesos ($ 100) la cantidad que mensualmente debía entregar Jesús Antonio Alzate a Juliana Patiño, le dio fisonomía jurídica al contrato contenido en la escritura número treinta y cuatro (34), base de la litis, convirtiéndolo de innominado y aleatorio en un contrato de renta vitalicia que, conforme a las disposiciones del Código Civil, no es resoluble ni siquiera rescindible, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2294 de la misma obra, con lo cual el Tribunal violó directamente todas las disposiciones legales sobre el contrato de renta vitalicia, por errónea interpretación de ellas. Se considera: Este cargo tiene la misma respuesta que el anterior, pues la estimación que hizo el Juez de la equivalencia de las prestaciones a que quedó obligado el demandado Alzate en el contrato materia del juicio, no se encaminó a convertir el contrato de innominado en contrato de renta vitalicia, sino a regular, por petición de una de las partes, acogida sin reclamo por la otra, las prestaciones convenidas que ésta debía hacer y que dejó de cumplir, lo que en definitiva no es otra cosa que fijar en dinero una indemnización equivalente a las prestaciones de una de las partes por haber dejado de cumplir lo estipulado. Si el procedimiento no era el que correspondía para hacer la regulación de dicha indemnización, ya se dijo que el demandado debió no dejar que se ejecutoriara la resolución del Juez y no lo hizo. Por eso el cargo no es admisible". (Casación, mayo 30 de 1932, Nº 1886) ... 84, 1ª y 2ª.

Págs.

COTEJO

— 60 —

El cotejo no constituye plena prueba, sino una prueba incompleta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 719 del Código Judicial. (1). (Casación, XL, Nº 1887, julio 26 de 1932) 214, 1ª

(1) Artículo 656 del nuevo Código Judicial.

COSTAS

— 61 —

Es doctrina constante y uniforme de la Corte, no condenar en costas cuando hay uno o más salvamentos de votos. (Sentencia, Sala de Casación Civil, XL, Nº 1889, agosto 13 de 1932) 450,1º

CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

— 62 —

(Véase la doctrina contenida bajo el mote RECURSO DE CASACION).

Págs.

CUERPO DEL DELITO

— 63 —

"Es de todo punto incontrovertible, conforme a principios sólidamente establecidos en el derecho probatorio, que la existencia del cuerpo del delito se acredita no sólo por dictamen o dictámenes periciales, o declaraciones de testigos (en ciertos casos), o indicios de vehemencia indefectible, sino también por unos y otros elementos de prueba, cuando así se presentan las circunstancias mismas del hecho a través de las constancias del informativo o expediente". (Casación, XL, Nº 1890, agosto 16 de 1932)..... 634, 2ª

D

DECLARACION DE HEREDERO

— 64 —

Se había reconocido previamente a unos individuos como herederos del que vendió simuladamente sus bienes; tales herederos pidieron a la muerte de su padre la nulidad por simulación de contrato, lo que obtuvieron en ambas instancias. El demandado atacaba en casación el reconocimiento de herederos.

".....Tal declaración sumaria hay que respetarla mientras no se pruebe lo contrario, no tratándose de controversia en que se discuta la calidad de herederos en competencia con herederos de mejor derecho, como sería en acción de petición de herencia. Así lo ha resuelto la Corte, como se ve, entre otras, en la sentencia de 26 de marzo de 1912". (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 30 de 1932)..... 554, 2ª

DECRETO ACUSADO

— 65 —

Acusados como inconstitucionales los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 8o., 9o., 18, 25, inciso 1o., 29, 37, inciso 2o., 40 y 41 del Decreto número 518 bis de 1931, proferido en desarrollo de la Ley 31 de 1931, la Corte los declaró exequibles. (Sentencia, Corte Plena, XL, Nº 1889, agosto 2 de 1933) ..... 407, 2ª, 408, 1ª y 2ª, 409, 1ª y 2ª, 410, 1ª y 2ª, 411, 1ª y 2ª, 412, 1ª y 2ª, 413, 1ª y 2ª, 414, 1ª

DECRETO ACUSADO

(Número 92 de 1932, sobre impuestos).

— 66 —

"A todos los decretos dictados por el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por las Leyes 99 y 119 de 1931, se les acusa en el concepto de tener viciadas sus fuentes mismas, o sean las Leyes mencionadas, por los motivos de inconstitucionalidad que se dejan mencionados. Mas como ya se vio que tales leyes no adolecen de las tachas de inconstitucionalidad que se les ha formulado, la acusación que por el concepto expresado se dirige contra los Decretos citados, dictados en desarrollo o ejercicio de las facultades conferidas por aquéllas, tampoco puede prosperar". (Sentencia de Corte Plena, XL, Nº 1886, GACETA JUDICIAL, septiembre 26 de 1933)..... 8, 1ª

Véase lo referente a la acusación de los artículos 4º de la Ley 99 de 1931 y 3º de la Ley 119 de 1931, en el capítulo titulado "Leyes acusadas".

DECRETO ACUSADO

— 67 —

Fue acusado el Decreto número 280 de 16 de febrero de 1932, "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre asuntos bancarios y financieros". Dijo la Corte:

"Se considerarán separadamente los dos aspectos por los cuales se ataca este acto del Gobierno.—Primer aspecto.—Impúgnase el artículo 1º del Decreto, en cuanto por él se rebajan los intereses legítimamente pactados en obligaciones contractuales, y el 7º en cuanto ordena suspender los remates en los juicios ejecutivos en que se hayan embargado bienes raíces, como opuestos al artículo 31 del Estatuto, que ampara los derechos adquiridos, conforme a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas. Desarrollan así los demandantes su acusación: 'Quienes amparados y confiados en la legislación pactaron y acordaron un determinado tipo de interés en sus operaciones, crearon entre sí una relación jurídica indestructible por terceros. Uno de ellos, el acreedor, adquirió un derecho genuino, a que el otro, el deudor, le pagara determinada cantidad. Tenía un derecho adquirido a percibir cierta cantidad por concepto de interés. Este derecho lo ampara y lo protege con esmero nuestra legislación y da las acciones del caso para hacerlo efectivo. El decreto 280, al disminuír los intereses, vulneró derechos adquiridos y atropelló al artículo 31, Constitución Nacional. 'Razonamiento similar cabe hacer respecto del artículo 7º del mismo decreto. En él se ordena la suspensión temporal de los remates, atentando fundamentalmente al derecho adquirido por el acreedor que hubiese obtenido declaración judicial, señalando fecha para el remate del inmueble de propiedad de su ejecutado'. En orden al cargo formulado contra el artículo 1º, la Corte observa: No basta que una ley afecte derechos adquiridos para que resulte violatoria del artículo 31 de la Constitución Nacional, porque si al afectarlos lo hace por vía

Págs.

de pena o apremio, o indemnización o contribución general, queda justificada la ley, al tenor del artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, que dice: 'En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad, en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación'. Que el impuesto establecido en el artículo 1º del decreto número 280 de 1932, esté o nó dentro de las normas de la Carta Fundamental, es cuestión que escapa al estudio de la Corte en este fallo, por no haber sido tratado tal aspecto de la cuestión en la demanda sobre que recae esta decisión. La acusación, como ya se vio, solamente ataca el artículo 1º del mencionado decreto como violatorio del artículo 31 de la Constitución, que ampara los derechos adquiridos, y aunque el señor Procurador se pronuncia en el sentido de que el impuesto establecido en aquel Decreto no tiene las características de un verdadero impuesto, siendo, por lo tanto, inconstitucional, lo cierto es que la Corte no puede entrar en el estudio de fondo de esa cuestión, por no haber sido propuesta en la demanda. Ya se vio que la impugnación al artículo 7º se basa en ser la suspensión de los remates que en él se establece violatoria de derechos adquiridos por los acreedores, que a la fecha de entrar a regir el decreto hubieran obtenido un señalamiento de día para llevar a cabo el remate de bienes de propiedad de su deudor. Dice así el artículo: '... Según los términos del texto transcrito, la suspensión de los juicios ejecutivos allí prevista, sólo pudo tener efecto durante el año de mil novecientos treinta y dos, en que se dictó el Decreto de que tal disposición hace parte. Habiendo, pues, dejado de producir efecto la citada disposición desde la expiración del año mencionado, no existe hoy materia sobre la cual pueda recaer la declaración de inexequibilidad demandada. La Corte tiene decidido en repetidos fallos que, para que una disposición pueda ser declarada inexequible, es menester que tenga al menos posible cumplimiento, una vez que el fallo sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración de que la disposición respectiva no puede ejecutarse, no puede cumplirse.

SEGUNDO ASPECTO.—Dícese que el prenotado Decreto 280 contiene disposiciones que reforman otras de carácter jurídico, tales como las contenidas en los artículos 1º, 2º, 3º y 7º, y que estando adscrito al Ministerio de Gobierno el ramo jurídico, sería menester para que el Decreto tuviera fuerza obligatoria, que llevara la firma del Ministro de Gobierno, de acuerdo con lo estatuído en los artículos 59 de la Constitución y 30 del Acto legislativo número 3 de 1910. Pero como carece de tal requisito, el memorado Decreto es inconstitucional. Las disposiciones constitucionales que se acaban de citar establecen en su orden: 'El Presidente de la República es el jefe del Poder Ejecutivo, y lo ejerce con la indispensable cooperación de los Ministros. El Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular el Presidente con el Ministro del respectivo ramo, constituyen el Gobierno. Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable'. Acorde con lo establecido en los dos textos que se acaban de leer, el artículo 132 del Estatuto Fundamental dispone que el número, nomenclatura y precedencia de los Ministerios o departamentos administrativos será determinado por la ley, y que la distribución de los negocios, según sus afinidades, corresponde al Presidente de la República. En ejercicio de esta última atribución, dictó el Jefe del Ejecutivo, con la firma de todos los Ministros, el Decreto número 1704 de 1923 (DIARIO OFICIAL números 19,464 y 19,465), por el cual se hace la distribución de los negocios de orden administrativo de la República, entre los Ministros del Despacho Ejecutivo y los Departamentos Administrativos. En ese acto se le asignaron al Ministerio de Gobierno los siguientes asuntos:... Como puede verse, en esta enumeración no se halla comprendido el 'ramo jurídico' de que hablan los demandantes; y aunque tampoco está incluído entre los asuntos atribuídos por el mismo Decreto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cierto es que la casi totalidad de las disposiciones de aquél versa sobre asuntos bancarios y rentísticos, los cuales están adscritos a este último Despacho ejecutivo. Los mismos artículos 1º, 2º y 3º que los demandantes consideran que tratan de asuntos pertenecientes al Ministerio de Gobierno, versan sobre impuestos, y por tal concepto corresponden también al Ministerio de Hacienda. No habiendo, pues, razón para que el Decreto llevara la firma del Ministro de Gobierno, no existe fundamento para declararlo inconstitucional por la falta de tal requisito". (Sentencia de la Corte Plena, XL, Nº 1886, septiembre 26 de 1933. Hubo salvamentos de voto) ..... 10, 2ª y 11, 1ª y 2ª

Págs.

DECRETOS ACUSADOS

— 68 —

Como contrarios a la Constitución Nacional fueron acusados los artículos 1º y 5º del Decreto Ejecutivo Nº 1683 de 1931, sobre suspensión temporal del libre comercio de oro y su exportación, el artículo 1º del Decreto Nº 1723, los artículos 1º y 2º del Decreto Nº 1941, el artículo 1º del Decreto Nº 2092, el artículo único del Decreto Nº 2225 y los artículos 1º a 12 del Decreto Nº 1871, todos del mismo año de 1931.

"Cuatro son los textos constitucionales

Págs.

que se dicen violados con los Decretos que se acusan en esta sección de la demanda: los artículos 31 y 47 de la Ley Fundamental, el 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910, y el único del Acto legislativo número 1º de 1921. Mas antes de estudiar en sí mismo cada uno de estos cargos, es menester tomar en consideración que los Decretos números 1683, 1723, 1871, 1951, 2092 y 2225 de 1931, emanados todos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por los cuales se adoptaron una serie de medidas relativas al comercio y exportación del oro y a los cambios internacionales, y que son materia de acusación, tuvieron como base inmediata y directa lo establecido en el artículo 21, inciso a), de la Ley 25 de 1932, orgánica del Banco de la República, cuyo tenor es el siguiente: ...Que tal fue la base primordial de los referidos Decretos, lo reza expresamente el primero de ellos, número 1683, de 24 de septiembre, en sus considerandos, que a la letra dicen: ... Por el referido Decreto 1683 se suspendió temporalmente el libre comercio de oro, se prohibió la exportación de dicho metal, se estableció el 'control de los cambios internacionales y de traslados de fondos al Exterior', se encomendó éste a un organismo que se creó con el nombre de 'Comisión de Control de Operaciones de Cambio', y se fijaron las atribuciones de esta entidad. Los restantes Decretos impugnados en el capítulo de la demanda que se analiza, no son otra cosa que desarrollo, y en ocasiones rectificación, de las medidas adoptadas en el primero, y versan todos sobre la misma materia. La circunstancia de tener los Decretos relacionados su fundamento en el artículo 21 de la Ley 25 de 1923, trae como consecuencia el que, no habiéndose acusado la referida disposición legal, no sea posible entrar a considerar la impugnación que se hace a aquellos Decretos. La Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que cuandoquiera que un decreto tenga por fundamento una ley, no hay lugar a fallar la demanda de inexequibilidad que contra el primero se formule, en tanto que no se haya acusado también la ley en que éste se apoye, por cuanto no es dable en tales circunstancias decidir acerca de la inexequibilidad del acto gubernativo, sin juzgar el punto relativo a la constitucionalidad de la ley que lo sustenta." (Sentencia de la Corte Plena, XL, Nº 1886, septiembre 26 de 1933 ..... 9, 2ª y 10, 1ª

DECRETO ACUSADO

- Nº 69 -

Nº 1310 de 29 de julio de 1932, "por el cual se aclara el sentido de algunas disposiciones y se fija su interpretación".

Como violatorio de los artículos 2º, 14, 31, 57, 58, 60, 76, 119, numeral 4º, y 120 de la Constitución Nacional, fue acusado el mencionado Decreto. Dijo la Corte:

Págs.

"... Como la demanda sobre inexequibilidad se refiere a todos los artículos del Decreto referido, la Corte debe analizar cada uno de tales artículos, a fin de determinar si violan preceptos constitucionales. El 1º está concebido en estos términos: 'Los auxilios por tiempo de servicio que debe reconocer la Caja de Auxilios de la Policía Nacional, se concederán a los empleados que hayan servido por cinco, diez o quince años, y su cuantía será del doce, del veinte y del veinticinco por ciento, en su orden, según lo establecido en los artículos 1º del Decreto 837 de 1930 y 3º del Decreto 825 de 1931'. Como se ve, este precepto se limita a reconocer tres auxilios a favor de los empleados de la Policía Nacional: uno del 12 por 100 para los que hayan servido diez años; otro del 20 por 100 para los que hayan servido quince años, computando tales porcentajes de la manera indicada en los Decretos 837 de 1930 y 825 de 1931. Lo que quiere decir que el artículo 1º, que se comenta, no ha dispuesto algo nuevo o distinto de lo que disponían los Decretos últimamente citados, cuya exequibilidad no ha sido discutida, sin duda alguna por considerar que ellos caben dentro de la atribución conferida al Poder Ejecutivo, en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 41 de 1915, concebido en estos términos: '..... 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'. Y si justamente en ejercicio de tal atribución, consagrada también en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, habría podido el Poder Ejecutivo determinar el reconocimiento de auxilios a favor de los empleados de la Policía Nacional, en la forma indicada en el artículo 1º del Decreto 1310 de 1932, con mayor razón estando investido de facultades de legislador. Y por eso no es inexequible el referido artículo. El artículo 2º del Decreto acusado reza lo siguiente: 'Aclárase que la pensión vitalicia a que se refiere el artículo 7º de la Ley 18 de 1928 y el artículo 3º del Decreto 837 de 1930, reemplaza el cuarto auxilio, que se concedía por veinte años de servicio, y que, por tanto, nadie puede alegar derecho a estos dos auxilios, pero quienes se crean con derecho al cuarto auxilio, podrán optar entre éste y la pensión. La pensión vitalicia seguirá concediéndose a quienes no hayan obtenido cuarto auxilio, o a quienes, habiéndolo obtenido, lo hayan reintegrado a la Caja de Auxilios y hayan servido por veinte o más años en la Policía Nacional, y su cuantía será del 50 por 100 del mayor sueldo que se haya devengado en un período no menor de un año'. Se trata, pues, en él, de una cuestión que por virtud de existir varias disposiciones legales sobre ella, requiere una determinación clara, que no la haga dudosa. Y así, lo único que contiene el citado artículo 2º es la opción que establece para cobrar: o el

Págs.

cuarto auxilio o la pensión, y esto y la aclaración referente a la pensión y al cuarto auxilio, son atribuciones del legislador, que son precisamente de las que quedó investido el Gobierno por la Ley 99 de 1931. Luego éste no ha usurpado las facultades del Congreso. Además, la disposición analizada armoniza con el espíritu de la legislación del país en materia de pensiones, que no las concede del mismo Tesoro a quienes hayan obtenido otras recompensas por los mismos servicios. En resumen: el referido artículo 2º tampoco es inconstitucional, y no hay razón, por lo tanto, para declararlo inexequible, pues no viola el artículo 76 de la Constitución Nacional. El artículo 3º del Decreto es del tenor siguiente: 'Se entiende caducado el derecho al cuarto auxilio, si se hubiere obtenido o demandado el reconocimiento de la pensión vitalicia y viceversa. Si una vez obtenida la pensión vitalicia se demandare el valor del cuarto auxilio, para que prospere la demanda judicial o administrativa que a éste se refiera, deberá reintegrarse en la Habilitación de la Policía Nacional el valor total de las cantidades recibidas por razón de la pensión devengada hasta el día en que se hace la solicitud'. Basta su lectura para comprender que su verdadero alcance no es otro que reglamentar la opción que señala el artículo 2º del Decreto. Y si, como se ha dicho, tal opción no es inconstitucional, mal puede serlo la disposición reglamentaria de ella. Y el hecho de que en el inciso 2º se señale algún requisito para que prospere ante el Poder Judicial o el Administrativo la demanda sobre el cuarto auxilio, no es más que una lógica consecuencia de la opción concedida al beneficiario. Tampoco es, pues, inexequible este artículo. El art. 4º dice: 'Los funcionarios judiciales o administrativos a quienes corresponda o haya correspondido el conocimiento de la demanda relativa al cuarto auxilio, no darán curso a ésta o suspenderán la tramitación que se adelantare actualmente, hasta que el demandante compruebe con un certificado de la Habilitación de la Policía que no ha obtenido el reconocimiento de la pensión, o que reintegró las cantidades por ella devengadas, en su caso'. Se establece en este artículo un requisito para darle curso a una demanda sobre reconocimiento del cuarto auxilio. Considera la Corte que, facultado el Gobierno por la Ley 99 de 1931 para dictar medidas de carácter fiscal, así como pudo ordenar el reconocimiento del cuarto auxilio para los servidores en ese ramo, como lo estableció en el artículo 5º del Decreto 1988 de 1927, y pudiendo, como ha podido, según queda dicho, determinar cuándo existe el derecho a jubilación de que habla el art. 7º de la Ley 18 de 1928, bien puede también establecer reglas, cuandoquiera que, judicial o administrativamente, se pretenda hacer efectivo el derecho al referido cuarto auxilio, que es lo equivalente a la pensión vitalicia. Porque si está dentro de sus facultades lo relativo al reconocimiento de aquel derecho, con mayor

Págs.

razón está lo que sólo atañe a requisitos para su efectividad. Y con la exigencia de tales requisitos no excede las facultades que le fueron concedidas; puesto que es en virtud de éstas como el Ejecutivo ha reglamentado la manera de proceder en el reclamo del auxilio. Ni se le impide tampoco al Poder Judicial que falle sobre cuestiones sometidas a su jurisdicción, sino que se exige a quien pretenda obtener el reconocimiento de un derecho una formalidad que facilita el estudio y decisión de ella. No se viola, pues, la Constitución con lo dispuesto en el artículo 4º. El artículo 5º, estatuye esto: 'Este Decreto, como aclaratorio del sentido de la Ley 18 de 1928 y de los Decretos 837 de 1930 y 825 de 1931, se entiende en vigor desde el día en que entró a regir la Ley 18 de 1928, y la interpretación que se da en el presente a aquellas disposiciones es obligatoria, quedando a salvo los derechos reconocidos por sentencia ejecutoriada que haya hecho tránsito a cosa juzgada o por resolución administrativa que haya comenzado a cumplirse'. Del estudio que precede se concluye que, aun tratándose de aclarar el sentido de una ley y de establecer la interpretación de disposiciones antagónicas, el Ejecutivo tenía facultad para ello, porque obraba como legislador. Y en este orden de ideas, la retroactividad sólo entraña el reconocimiento actual de una situación que existía sin orden lógico. Y por este aspecto ninguna anomalía constituye la disposición que se analiza. Tanto menos cuanto que deja 'a salvo los derechos reconocidos por sentencia ejecutoriada que hayan hecho tránsito a cosa juzgada o por resolución administrativa que haya comenzado a cumplirse'. En otros términos: el artículo 5º respeta hasta los errores en que se hubiere incurrido antes del Decreto de cuya inconstitucionalidad se trata". (Sentencia, Corte Plena, XL, Nº 1889, junio 11 de 1934). Hubo cinco salvamentos de voto. 416, 1ª y 2ª
417, 1ª y 2ª

DELITOS DE RESPONSABILIDAD

- Nº 70 -

Un Juez condenó a un individuo por un delito contra la hacienda pública y por el de falsedad en documentos oficiales a determinada pena, que el Tribunal atenuó, pero sin fijarse en que el Juez de Circuito había conocido del delito de falsedad que era de competencia del Juez Superior. Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el Fiscal invocando, especialmente, la segunda causal del artículo 3º de la ley 78 de 1923, por adolecer el juicio de nulidad. La Corte, en Sala de Casación en lo Criminal, trascribe los pasos de la doctrina sentada en sentencia de fecha 25 de abril de 1930, de este tenor:

"Los delitos de responsabilidad definidos en los Títulos 9º y 10 del actual Código Penal, dice el artículo 27 de la ley 104 de 1922, se investigarán y penarán sin perjuicio de los delitos comunes que

Págs.

comporten. Por consiguiente, si el hecho cometido por el empleado público, además de un abuso de sus funciones o de una falta de cumplimiento de los deberes de su destino, se encuentra penado en otra parte de la ley, se le impondrá la pena que por el primer delito le corresponda, sin perjuicio de la que merezca por el segundo, y ambos delitos se juzgarán acumulativamente por el procedimiento ordinario. 'Varias conclusiones se pueden sacar del anterior precepto legislativo: a) Que los únicos delitos que dan lugar a verdaderos juicios de responsabilidad son aquellos de que tratan los artículos 9º y 10º del Código Penal; "b) Que el hecho cometido por el empleado público, además de constituír un simple abuso de sus funciones oficiales o una falta de cumplimiento de los deberes de su destino, puede entrañar la comisión de un delito no previsto en los mencionados títulos 9º y 10º, es decir, un delito común, entre los cuales figura el de homicidio o el de falsedad, que no están comprendidos en esos Títulos. 'c) Que cuando suceda el caso previsto en el aparte anterior, no conocerán de ellos las distintas autoridades, sino que 'se juzgarán acumulativamente por el procedimiento ordinario'. 'Este procedimiento ordinario no puede ser sino el que se sigue y adopta en los casos comunes. "Concretando el estudio de la cuestión al delito de falsedad imputado a Uribe M., cometido en la copia de una escritura, en su carácter de Notario, según se determinó anteriormente, el procedimiento ordinario reclamaba, de acuerdo con la disposición transcrita, que el negocio debía pasar al Juez Superior del Distrito Judicial de Medellín, por haberse ejecutado el hecho en su territorio, y por estarle adscrito como de su competencia el delito de falsedad, según el artículo 98 del Código de Organización Judicial. Existe además otra norma de la mayor importancia, consignada por el legislador en la misma ley 104 de 1922, en el artículo 23 y que dice: ... 'El Juez competente para conocer del delito más grave, será también para conocer de los que competen a jurisdicciones inferiores que consten en el mismo proceso, y fallar definitivamente sobre ellos'. De suerte que en los casos en que se presente un abuso en el ejercicio de funciones oficiales o una omisión en el cumplimiento de ellas, y además un delito común, como el de falsedad, con mayor razón si solamente se ha cometido este último, es el Juez Superior el competente, por ser la falsedad de mayor gravedad, dada la pena con que está sancionada, y por estar adscrita a esa autoridad el conocimiento de ese delito. El legislador evitó así la anomalía de que un Juez de Circuito viniera a conocer de un delito tan grave como es el de falsedad, y dispuso lógicamente que la acumulación se verificara ante la jurisdicción superior, y no ante la inferior, evitando de otro lado los perjuicios para la ordenada, activa y ventajosa actuación que se presentaría si las investigaciones hubieran de fraccionarse. La Corte considera necesario dejar constancia de que la misma ley ha determinado con respecto a ciertos funcionarios, cuándo las autoridades que deban conocer de los simples delitos que den lugar a juicios de responsabilidad, puedan conocer también de los delitos comunes que cometan esa misma categoría de funcionarios, entre los cuales no están comprendidos los Notarios, por lo cual quedan sometidos a las reglas comunes que se han dejado expuestas. 'Si el conocimiento del delito de falsedad, de que trata este proceso, le corresponde al Juez superior y no al Juez de Circuito, como se hizo, síguese que se ha incurrido en la causal de nulidad que establece el ordinal 1º del artículo 264 de la ley 57 de 1887, y por tanto aparece justificada la causal segunda de casación que se alegó en primer término, y que por razón del método y por sus consecuencias, era necesario estudiar de preferencia". (Casación, XL, número 1887, abril 28 de 1932) ..... 227, 2º y 228, 1º

Págs.

DEMANDA DE CASACION

- Nº 71 -

En juicio en que se pedía el pago de una suma de dinero acusaba el recurrente demandado la sentencia por error de derecho en que en su concepto incidió el Tribunal al apreciar la prueba de avalúo y unas declaraciones de testigos.

"... No cita la ley transgredida como consecuencia de esos errores, cual debió hacerlo en cumplimiento del artículo 9º de la ley 90 de 1920, por que se rige el presente recurso. Según el artículo, en la demanda de casación 'se determinarán una a una las pruebas mal apreciadas y la ley violada por mala apreciación de las mismas'. De suerte que sería baldío el examen que se hiciera del cargo, pues a la Corte no le sería dado inquirir por su propia cuenta los textos legales que hubieran sufrido quebranto por causa de los susodichos errores, si ellos existen". (Casación, XL, Nº 1889, agosto 31 de 1932) ... 468, 1º

DEPOSITO DE DINEROS ANTE EMPLEADOS DE MANEJO

- Nº 72 -

Una sociedad comercial depositó una suma de dinero en una Aduana para que fuera descontada del valor de los derechos de las mercancías que importara. Se demandó a la Nación para el pago de la suma de dinero depositada y alegó en los hechos de la demanda el actor que había existido por parte de la Nación un enriquecimiento sin causa por el hecho de no habérsele reconocido en la Aduana la suma depositada. La Sala de Negocios Generales de la Corte acoge el concepto del Procurador, que dice:

"Tan cierto es que no existe en nuestra legislación disposición alguna que autori-

Págs.

ce a los Administradores para constituírse en depositarios de los introductores, que el demandante mismo ha tenido que acudir a esta argumentación: 'Y sobre todo, lo que debería alegarse, es que los citados Administradores tenían prohibición de recibir sumas anticipadas, imputables al pago de derechos de importación; pero esa disposición legal no se ha citado, sencillamente porque no existe; y si no existe, mal puede decirse que el Administrador obró fuéra de sus atribuciones, porque en toda Recaudación, sea nacional, departamental o municipal, los particulares tienen derecho de pagar anticipadamente sus impuestos, porque, repito, no hay ley que lo prohiba'. Esta argumentación no requiere que se comente. No está, pues, autorizado por las leyes el que los empleados de manejo celebren con los particulares contribuyentes contratos de depósito para responder de los gravámenes venideros. Y bien está que esta facultad no les corresponda, porque con ella podrían fácilmente sorprender la buena fe de los particulares, y harían responsable a la Nación de fondos cuya fiscalización sería poco menos que imposible. Agrega la Corte, en lo referente al cargo de enriquecimiento a costa ajena: "A las claras razones que preceden, la Corte sólo estima conveniente agregar la de que el principal fundamento jurídico de la demanda, que es la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, solamente podría invocarse con éxito en el caso de que a la caja de la Aduana hubiera ingresado efectivamente la suma de que se trata y que ésta hubiera existido allí al tiempo de retirarse el Administrador que suscribió el recibo, o bien que se hubiera invertido en beneficio de la Nación, porque sólo en estos casos podría decirse que la Nación se hacía dueña de ese dinero sin causa, en perjuicio del demandante. Mas éste no ha intentado siquiera suministrar la prueba de tales hechos..." (Sentencia, XL, Nº 1889, mayo 18 de 1932) ..... 519, 2ª y 520, 1ª

DEUDAS CONFESADAS EN EL TESTAMENTO

- Nº 73 -

Se demandó a la sucesión de un testador que confesó en su testamento deberle a la actora una suma de dinero por causa de la compañía de negocio de ganado que aquél tuvo con ésta y con un hermano de ambos, deuda que pagó este hermano a la actora, con el objeto de obtener el pago de ese dinero o la declaración de que la cláusula en que se confesaba la deuda era un legado gratuito. Contra la sentencia del Tribunal que negó las peticiones de la demanda recurrió la actora en demanda de casación ante la Corte, donde alegó que se había violado el artículo 1191 del Código Civil y los artículos 541, 542 y 543 del Código Judicial anterior.

Págs.

"En apoyo de este cargo dice el autor del recurso en el aparte b) de su demanda, que habiendo sostenido la parte demandada la existencia del legado, y no la de la deuda hereditaria, y habiendo la confusión de deudas hereditarias de que había documentos del proceso con la confesada en el testamento, dicha parte quedaba amparada por el artículo 1191 del Código Civil, mientras su contraria no adujera la plena prueba de que la deuda hereditaria es precisamente la misma que figura en el testamento. Amparada la demandante —continúa el actor del recurso— con la ficción del legado que establece la disposición citada, sin que se admita la identidad de éste con alguna deuda hereditaria, era de cargo de los demandados dar la plena prueba de esta identidad como de la deuda hereditaria. De suerte que al admitir el Tribunal un simple principio de prueba por escrito, y no exigir esa prueba completa, violó las disposiciones citadas. Se observa:—Es cierto que el artículo 1191 del Código Civil ampara al favorecido con la confesión del testador, mientras no haya siquiera de otra parte el principio de prueba por escrito, de que la confesión de la deuda tiene causa distinta del testamento; pero una vez que existen, no solamente el principio de prueba escrita, sino plena prueba de una deuda coetánea, con la que confiesa el testador por la misma suma, e indicios graves y plenamente comprobados de la conexión de la confesión con esas pruebas de la deuda, que fue lo que el Tribunal encontró, desaparece el amparo de dicha disposición, y pudo el sentenciador deducir, con la facultad que tiene para apreciar las pruebas, que la deuda confesada no constituye un simple legado, a menos de haberse demostrado que incurrió en evidente error de hecho en tal apreciación. Deber era, pues, del favorecido con la confesión, desvirtuar con plena prueba y no con simple negativa, la posición adquirida por el demandado que presentó aquellas pruebas, porque tal es la restricción que el artículo 1191 del Código Civil consagra, y aquél no dio esa demostración. Si, pues, los demandados no dieron la prueba completa de la deuda existente a cargo del testador en la época en que éste confeccionó su testamento, y la deducción que sacó el Tribunal de la conexión e identidad de esa deuda con la confesada en el testamento, está plenamente respaldada con los indicios que arroja el proceso, no pudo el Tribunal haber violado el artículo 1191 del Código Civil, ni los artículos 542 y 543 del Código Judicial, que dejó de regir, sobre el cargo de dar la prueba. Por eso el cargo no prospera en ese aspecto". (Casación, XL, Nº 1887, junio 13 de 1932) ..... 144, 2ª y 145, 1ª

DOCUMENTO AUTENTICO

- Nº 74 -

En un juicio de reivindicación se presentó el reivindicador pidiendo para una

Págs.

sucesión la restitución de un inmueble y acompañando como prueba del dominio una hijuela expedida en copia por el Secretario de un Juzgado, el cual la tomó de un juicio en que figuraba esa hijuela.

"La hijuela debió aducirse en copia expedida por el Notario en cuya oficina se encuentra protocolizado el juicio de sucesión; pero no se procedió así, sino que el demandante hizo venir una copia autorizada por el Secretario del Juzgado 3º del Circuito de Tunja (el mismo que conoce del presente negocio), quien la tomó del juicio ordinario seguido por la sucesión de la señora Corredor de Guzmán, por conducto del apoderado doctor José J. Castro, contra Vicente Corredor E..... Con el procedimiento de que se tata fue quebrantado el artículo 686 del Códio Judicial, en virtud del cual los documentos auténticos han de expedirse en copia autorizada, bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales; pues es sabido que, protocolizado un juicio de sucesión, es el Notario respectivo el llamado por la ley a custodiarlo y a expedir las copias de las hijuelas (artículo 1221 del mismo Código. Análoga disposición trae el artículo 967 del actual).... En virtud de lo expresado, es forzoso concluír que el Tribunal incidió en error de derecho al reconocerle mérito probatorio a la copia de la hijuela expedida por el Secretario del Juzgado 3º de Circuito de Tunja y que con ello violó, cual ya se dijo, el artículo 686 del Códio Judicial". (Casación, XL, Nº 1889, julio 30 de 1932 (1).. 433, 1º y 2ª

DOCUMENTOS AUTENTICOS

- Nº 75 -

Habiendo presentado un reivindicador su título de propiedad en forma regular, éste desapareció del proceso en virtud de desglose y quedó sustituído por una copia que carece de la firma del funcionario que la expidió. Por ese motivo desconoció el sentenciador la acción y revocó la sentencia de primera instancia que decretaba la reivindicación. En casación alegó el actor violación directa de los artículos 678 y 706 del antiguo Código Judicial. Dijo la Corte:

"La cuestión que surge de todas estas circunstancias, no es la suscitada por el Tribunal, de que tales instrumentos no figuran en el proceso, y el demandante no comprobó su dominio, sino que otro es el problema, a saber: que habiendo presentado el reivindicador de manera regular esos títulos al juicio; que habiéndolos hallado ciertos el demandado, sin más objeción que la relativa a sus efectos; que habiendo desaparecido del juicio las copias notariales por razón del desglose, y sustituídas por otras, que sin culpa del demandante carecen de la firma del Secretario, qué efectos en materia de probanzas resultan para las partes? Las copias son una continuación de las escrituras desglosadas, y legalmente tienen el mismo valor que los instrumentos que reemplazan. Si las escrituras que presenta el demandante con la demanda son aceptadas por el demandado, y si éste acepta expresa o tácitamente las copias que quedan en el juicio en virtud del desglose decretado por el juzgador, es obvio, en armonía con el artículo 678 del Código Judicial, que tales copias ha debido estimarlas el sentenciador como pruebas aducidas en el juicio. Las actuaciones judiciales son documentos auténticos, de acuerdo con el ordinal 4º del citado artículo 678. El incidente sobre desglose es, a no dudarlo, una actuación judicial, constituída en el presente caso por la solicitud, auto de traslado, orden de entrega de las escrituras, notificaciones y copias. Al pie de éstas hay un recibo suscrito por el apoderado del actor, en que consta que éste recibió de manos del Secretario las escrituras cuya entrega ordenó el Juez en auto ejecutoriado. Cumplidas quedaron, además, las prescripciones establecidas por el artículo 335 de la Ley 105 de 1890. Ahora bien: es indudable que los títulos cuyas copias quedaron en el expediente fueron presentados con la demanda; que esos títulos fueron entregados al demandante en virtud del derecho que se le concedió de desglosarlos; que los recibió y quedó en el expedente copia que ordena la ley; que no hay duda de que la copia fue fiel, desde luego que la contraparte se refirió a su contenido, y sobre él contestó la demanda. De modo que hay una actuación judicial que no puede desconocerse como prueba documental auténtica, por más que el Secretario hubiera olvidado poner su firma al pie de las copias, una vez que el contenido de ellas es cierto y positivo, dadas las circunstancias que así lo acreditan. En el presente caso no se trata de copias traídas al juicio procedentes de otras oficinas, copias que requieren necesariamente la firma del funcionario que las expide para acreditar su autenticidad: se trata de unas copias que por las circunstancias que antecedieron a su expedición y subsiguieron a ella, no pueden desconocerse como parte de una actuación judicial, cuya veracidad no se ha puesto en tela de juicio. Por tanto, ha sido infringido, por el concepto anotado, el artículo 678 (1) del Código Judicial, que es uno de los señalados por el recurrente, y debe casarse por ello la sentencia". (Casación, XL, Nº 1889, agosto 30 de 1932) 462, 1º y 2ª

DOCUMENTOS ROTOS

- Nº 76 -

Se afirmba que el sentenciador había incidido en error de derecho al apreciar unas

(1) V. el artículo 630 del Código Judicial actual.

(1) Artículo 632 del nuevo Código Judicial.

Págs.

escrituras rotas en parte sustancial de su contenido.

"Conforme al artículo 710 del Código Judicial (1), son los documentos rotos en parte sustancial de su contenido, los que no deben ser admitidos como pruebas, y basta observar que el Tribunal principia manifestando que en su parte esencial puede considerarse la escritura 165, de primero de agosto de mil ochocientos ochenta y dos, pues allí hay constancia de la venta que hizo Lino Trujillo a Juan Echeverri de cien cuadras de terreno, y que los linderos están completos..... Si en concepto del recurrente, los documentos expresados están rotos en la parte sustancial, debió acusar la apreciación que el sentenciador hizo en contrario, por error de hecho que llevara a la violación indirecta del artículo 710 del Código Judicial, y las disposiciones del Civil invocadas." (Casación, XL, Nº 1889, agosto 19 de 1932)..... 452, 1ª

DOLO

- Nº 77 -

"El fraude, esto es, el engaño malicioso, la maquinación insidiosa, la mentira artera, que anublan el discernimiento y arrastran la voluntad, son elementos indispensables a la existencia del dolo". Casación, XL, Nº 1886, junio 3 de 1932) (2) 96, 1ª

DOMICILIO

- Nº 78 -

Se afirmaba en un recurso de casación que el Tribunal sentenciador había apreciado erróneamente el artículo 83 del Código Civil por no estar demostrado el ánimo del testador de permanecer en el lugar de donde se afirmó que era vecino.

"....Conforme al artículo 79 del Código Civil, no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere domicilio civil en un lugar por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que su residencia es accidental, como la del viajero, etc. El señor Piedrahíta no tenía en otra parte su hogar doméstico; por el contrario, la familia impuesta por la ley. de que habla el Tribunal, estaba en Bello, como está demostrado en autos, y no está acreditado que fuera accidental su ya larga residencia en esa población. De modo que el hecho de habitar por largo tiempo casa propia en *un lugar, sí* es elemento presuntivo del ánimo de permanecer en él, a menos que concurran las circunstancias que lo destruyan". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 7 de 1934 ..... 256, 1ª y 2ª

DONACION DE COSA AJENA

- Nº 79 -

Carlos Mejía G. y Jesús A. Vásquez demandaron a los esposos Andrés Hurtado A. y Concepción Duque para obtener las declaraciones de pertenencia a favor de la sucesión de Andrés Hurtado (padre) y María Antonia Arias de un solar, la de ser dueños los actores de unos derechos herenciales sobre ese solar, cuyos linderos y ubicación se manifiestan, la de restitución, y la de nulidad de la donación del solar objeto del pleito hecha por Mercedes Hurtado a Concepción Duque de Hurtado, por estimar los actores que se trataba de cosa ajena y que la donación de ella no vale. Obtenida sentencia favorable en el Tribunal, recurrió en casación la parte demandada alegando, entre otros motivos de casación, que al declarar el Tribunal nula, de nulidad absoluta, la donación citada, respecto del lote alindado en la demanda, sobre la base de que se trataba de una donación de cosa ajena, había violado los artículos 1523, 1524, 673, 740, 745, 765, 766, 752, 753, 1512 y 2529 del Código Civil. Dijo la Corte para casar el fallo acusado:

"Se observa:—El Tribunal razonó en el sentido de que es inválida la donación de la cosa ajena, y en la parte dispositiva del fallo declaró absolutamente nula la que se hizo constar en la escritura número 582, de diez y seis de julio de mil novecientos doce, pasada en la Notaría de Pereira. A su turno, el recurrente hace una detenida argumentación para impugnar la tesis del sentenciador. Por no alargar demasiado esta sentencia, no se transcribe esa argumentación; pero, en compendio, dice el recurrente que la donación es un contrato; que entre los modos de adquirir el dominio se halla la tradición, la cual requiere un título traslaticio, como la venta, la permuta, la donación; de donde se desprende que la donación como la venta, genera solamente la obligación que los jurisconsultos denominan 'dare', o sea traspasar la propiedad. Luego si la venta y la donación son apenas títulos para la tradición, la lógica lleva a la consecuencia de que la una y la otra, cuando se refieren a cosa ajena, son válidas, de acuerdo con la regla de derecho según la cual uno puede obligarse a hacer tradición o entrega de lo que tiene, ya porque puede adquirirlo, ya porque tal es la lógica jurídica del sistema. Y cómo puede hacer tradición de una cosa ajena quien no es dueño? Aquí vienen varias disposiciones que confirman de modo cabal el sistema homogéneo, uniforme y estrictamente lógico de la ley colombiana sobre estos particulares: ellas son los artículos 752 y 753 del Código Civil. 'Pero hay más: desde el momento que la tradición 'a non domino' da el derecho de ganar por prescripción el dominio de

(1) Artículo 652 del nuevo Código Judicial.

(2) Concordancia: Número 1377 bis, tomo 3º, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

la cosa, conforme al artículo 753, es porque la misma ley, consecuente consigo misma, considera válido el título de donación de cosa ajena, ya que el artículo 765 lo reputa como título justo'. Se ve, pues, que la validez de la donación de cosa ajena, al igual de la venta, es la consecuencia del sistema especial adoptado por el derecho civil patrio, en lo tocante a los efectos o valor de la voluntad en un acto o contrato de esa naturaleza, en cuanto no produce sino obligaciones y genera la de entregar. Por otra parte: del artículo 6º del Código que se viene citando, se deduce como principio general que todo acto de la vida civil es válido si no va contra expresa prohibición; y como no es dado citar ninguna disposición que sancione con la nulidad la donación de la cosa ajena, sería ir contra la evidencia misma el proclamar y sostener esa nulidad. Ni se arguya,—prosigue el señor apoderado— con la disposición incidental del artículo 1480 ibídem, según la cual las donaciones con causa onerosa no dan acción de saneamiento por evicción, sino cuando el donante ha dado una cosa ajena a sabiendas, una vez que semejante precepto parte de la validez de la donación de la cosa ajena: de lo contrario nada habría estatuído sobre evicción, esto es, si la donación fuera nula inicialmente. Es ya vieja la disputa acerca de la validez o invalidez de la donación de cosa ajena, y conocidos son los argumentos que se aducen en ambos sentidos. Como se tratase de establecer nueva doctrina, las dos Salas de Casación se reunieron a examinar la cuestión, y como sobre la manera de resolverla ocurriera empate, se sorteó Conjuez, con el voto del cual obtuvo mayoría la tesis que informa esta sentencia. En el 'Digesto' se encuentra el siguiente fragmento del jurisconsulto Paulo:

'Donatio dicta est a dono quasi doni datio.'

Así como en Derecho Romano se dijo en un principio 'venum datio', se dijo también 'donum datio'. Con la palabra 'datio' se indicaba el modo llamado tradición; con la palabra 'venum', el título de venta (título oneroso), y con la palabra 'donum', el título de donación (título gratuito). En ese entonces tanto la 'venum datio' como la 'donum datio' eran contratos reales y, por tanto, no se perfeccionaban sino con la entrega. Como la entrega en ellos transmitía el dominio, síguese que sólo se podía vender y donar el bien propio, en virtud del principio 'nemo dat quod non habet'. En aquella época del derecho, la donación estaba comprendida dentro de la tradición, y era un 'modo' de adquirir el dominio. Bajo Justiniano la donación vino a tener también el carácter de 'contrato y título' para adquirir el dominio, y entonces la obligación que contrajo el donante fue la de 'dar' una cosa al donatario a título gratuito. En los códigos posteriores que se relacionan más o menos íntimamente con el Derecho Romano, en unos se conservó la donación como modo; y en otros, tan pronto tiene el carácter de título como el de modo. En el antiguo Derecho Español y en el Derecho Francés, la donación era un modo, y, por tanto, en ellos debe admitirse el principio de que la cosa ajena no puede donarse. En el Código chileno y en el nuéstro, la donación tiene caracteres de contrato y de modo. En la definición del artículo 1443 y en la regla del artículo 1455, que establece que 'no hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento'. verbigracia, se considera la donación-modo; por el contrario, el artículo 1469, y otros como el 745 y el 765, que equiparan por ciertos aspectos la venta y la donación, consideran a esta última como un título o contrato. Las dificultades para decidir si la donación de cosa ajena tiene o no valor legal, y cuál sea dicho valor, provienen principalmente de que en nuestro Código se admite tanto la donación-modo como la donación-título o contrato, y ambas con el mismo nombre de 'donación': de suerte que pueden aducirse textos legales, tanto en favor de la una como de la otra tesis. Para la Corte, los textos legales de donde se deduce que la donación de cosa ajena no tiene valor, son textos en que se trata de la donación-modo; los textos legales en favor de la afirmativa, se refieren a la donación-contrato. La donación-título, es decir, el contrato de donación, puede, conforme a nuestro sistema legal, referirse a cosas ajenas, pues como por el contrato no se transmite el dominio y sólo contrae el donante una obligación de 'dare' a título gratuito, el asunto de la donación de cosa ajena se resuelve en la misma forma que el asunto de la venta de la cosa ajena, es decir, que vale sin perjuicio de los derechos del dueño, y que el donante se obliga por el contrato a transmitir el dominio, para lo cual, verbigracia, podría adquirirlo del tercero; y si no cumple con tal obligación, la cuestión se resolverá en indemnización de perjuicios: igual en el contrato de venta y en el de donación, con la diferencia de que aquél es a título oneroso y éste a título gratuito. La doctrina expuesta contesta los argumentos que alegan los partidarios de la tesis de que no puede donarse la cosa ajena. Se exponen algunos de ellos:

a) Que como el artículo 1455 del Código Cvil establece que 'no hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento...', y que como la donación de cosa ajena no merma el patrimonio del donante, es lícito concluir que ella está condenada virtualmente por dicho texto. Se contesta que tal disposición se refiere a la donación-modo, en la cual indudablemente para el donante hay disminución del patrimonio, ya que se trata de un título gratuito; pero tal disposición no puede referirse al contrato de donación, porque éste, como todo contrato, sólo origina obligaciones. El contrato de donación puede referirse a cosa ajena, porque para cumplir el donante la obligación de 'dare' tie-

Págs.

ne que adquirir el bien, y si no cumple, se resuelve la obligación en indemnización de perjuicios, todo lo cual origina una disminución de patrimonio para el donante. Por otra parte, si se entiende por donación en el artículo 1455 del Código Civil la entrega o tradición de una cosa, es evidente que para que exista y produzca el efecto de transmitir el dominio, debe versar sobre bien propio del donante, lo mismo que en la venta, pues en ésta la tradición a que se obliga el vendedor no transmitirá el dominio si el bien no es propio del vendedor. Pero ni en el contrato de venta de cosa ajena, ni en el contrato de donación de cosa ajena, la entrega subsiguiente es nula: lo que ocurre es que no es verdadera tradición, porque no transmite el dominio, será tan sólo una entrega de posesión, que no perjudica los derechos del verdadero dueño mientras no se extingan por el lapso de tiempo. b) Que la venta de cosa ajena es un acto irregular y la ley tuvo que reconocerlo expresamente para hacerle producir determinados efectos. Que como no hizo lo mismo respecto de la donación, debe argüirse que la ley no admitió la posibilidad de donar la cosa ajena. Se contesta que originando la venta en nuestro derecho tan sólo la obligación de 'dare' en el vendedor, bien puede venderse lo ajeno, pues aquello se resuelve en que el vendedor adquiera el bien para que pueda cumplir, y de lo contrario, que indemnice los perjuicios. Si la ley no hubiera formulado el artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena seguiría en nuestro derecho siendo válida, de acuerdo con los principios. Si el legislador formuló dicha disposición, fue para no dejar dudas sobre el particular, en consideración a que en el Derecho chileno se le iba a dar al punto una solución distinta a la del antiguo Derecho español y a la del Derecho francés y teniendo en cuenta la importancia y frecuencia del contrato de compraventa; pero la solución, como se dijo, si no existiera tal disposición, debería ser la misma que existiendo. Para la Corte, la donación-contrato de cosa ajena produce los mismos efectos y tiene el mismo alcance, en general, que la venta de cosa ajena, y a dicha conclusión debe llegarse teniendo en cuenta los principios y el espíritu de nuestro Código. c) Por definición, la donación entre vivos se refiere a bienes propios del donante. Es cierto que así lo dice la definición, la cual fue tomada del Código francés, en que la donación es un modo que transmite el dominio. Entre nosotros, en que la donación puede ser simplemente un título, ha de concluírse que dicha definición únicamente puede aplicarse al caso que guarda relación con su origen, es decir, tratándose de la donación como un modo, o sea la tradición subsiguiente al contrato de donación. En contra de la doctrina hasta aquí expuesta se encuentra el siguiente pasaje de la sentencia de segunda instancia, y que el recurrente acusa: 'De lo dicho deduce la Sala que en el acto o contrato a que se refiere esta sentencia hubo 'objeto ilícito,' y, por lo mismo, el contrato, en cuanto por él se ataca la propiedad de terceros, es nulo.' El Tribunal estima que el contrato de donación de cosa ajena está prohibido por la ley y que por tal razón en tal contrato hay 'objeto ilícito', de acuerdo con el artículo 1523 del Código Civil. El recurrente sostiene que dicha disposición fue indebidamente aplicada por el Tribunal en el caso del presente litigio, y como así lo estima la Corte, de acuerdo con lo expuesto, ha de concluírse que por dicha razón debe casarse la sentencia de que se trata en este recurso. Encontrándose fundada dicha causal de casación, no es el caso de considerar las restantes que se han alegado (artículo 538 del Código Judicial), y procede, en consecuencia, dictar el fallo que debe sustituir al infirmado". (Casación, XL, Nº 1889, julio 29 de 1932)..... 424, 1ª y 2ª, y 425, 1ª y 2ª

Hubo tres salvamentos de votos.

E

ENAJENACION DE BIENES EMBARGADOS

- Nº 80 -

Antonio Echeverría demandó a Aristides F. Flórez para que se le condenase a restituírle un terreno, exponiendo entre los hechos que si era verdad que el demandado tenía título de dominio estribaba en la venta que del bien de su propiedad le había hecho un tercero cuando estaba en vigor el embargo de la finca en un juicio ejecutivo. Como se declarase por el Tribunal probada la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio que opuso el demandado, recurrió en casación el actor alegando violación del artículo 1521 del Código Civil por error de hecho y de derecho, ora por haber olvidado el sentenciador que cuando adquirió la finca el demandado se hallaba embargada, ora porque estimaba el recurrente que de acuerdo con el artículo citado no se pueden adquirir los bienes que han sido embargados por decreto judicial.

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1521 del Código Civil, hay objeto ilícito—no causa ilícita como dice el recurrente—en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, y en tal caso al Registrador de instrumentos públicos le está prohibido por el artículo 43 de la ley 57 de 1887, registrar escritura alguna de enajenación de los bienes embargados, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. Pero estos preceptos legales se refieren al caso de enajenación por los litigantes y no a aquellos en que la venta es hecha por terceros, pues entonces no se puede considerar embargada la finca respecto de dichos terceros ni de los que contraten con ellos, en armonía con lo preceptuado por el artículo 42 de la ley 95 de 1890, que dice: 'La prohibición

Págs.

contenida en el artículo 43 de la ley 57 de 1887 no se extiende al caso de que la enajenación o hipotecación de la finca sea hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada; y, en consecuencia, no se considerará en litigio la cosa respecto de dicha persona distinta ni de las que contraten con ella'. En el caso de autos, la finca a que la reivindicación se refiere, había sido embargada en el ejecutivo seguido por Jorge Camacho Carrizosa contra Alfredo Navarro, y el título que invoca el demandado deriva de la enajenación hecha por Flavio Novoa a Miguel Díaz. No es, por tanto, jurídica la argumentación que a este respecto hace el recurrente. Por lo que hace a la buena fe del adquirente Miguel Díaz, no es tampoco aceptable el razonamiento del recurrente, porque el hecho de saber que la finca estaba embargada en juicio seguido entre personas distintas de los contratantes, no indica mala fe en el adquirente. La buena fe, o sea, la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla (artículo 768 del Código Civil), es un elemento moral que pertenece al fuero interno, que se presume en los contratantes y en cuya apreciación los Tribunales son soberanos". (Casación, XL, Nº 1887, julio 4 de 1932) (1) ... 179, 1ª y 2ª

EPOCA EN QUE SE COMETIO UN DELITO

- Nº 81 -

Se alegaba en un recurso de casación que se había incurrido en equivocación relativa a la época del delito, lo que viciaba el proceso de nulidad. Decía el recurrente que si según el Diccionario de Larousse ha de entenderse por época "punto fijo de la historia, momento en que sucedía un hecho notable", al decir el auto de proceder que el delito se había cometido "tres años y medio, poco más o menos, antes del cuatro de abril de mil novecientos diez y ocho, fecha en que se dio el denuncio", no hubo determinación de la época porque no se había precisado el día ni la hora en que se cometió el hecho delictuoso. La Corte, en apoyo de su doctrina, cita el siguiente paso de la sentencia del Tribunal:

"El ordinal 7º del artículo 274 de la ley 57 de 1887, establece como causal de nulidad el haberse incurrido en equivocación relativa a la época en que se cometió el delito, es decir, cuando al delito se le señalaba una época distinta; pero por época no debe entenderse aquí una fecha determinada, con expresión del año, el día y la hora; la época de un delito puede indicarse por un lapso más o menos largo; lo único que se requiere en este caso es que dentro de esé lapso se haya cometido el delito, y no antes ni después; al decir el Juez que el delito fue cometido 'tres años y medio más o menos, antes del cuatro de abril de mil novecientos diez y ocho, es decir, entre el cuatro de abril de mil novecientos catorce y el cuatro de abril de mil novecientos quince; este lapso como época del delito, se expresó a falta de poder hacerse una indicación más precisa; buscó así el Juez el tiempo más aproximado a los datos que el expediente suministra, y como ninguna prueba existe en el proceso que demuestre que el delito se realizó en época distinta, no puede decirse que haya habido error al respecto'.

"....Como bien se ve, en lo que se acaba de transcribir se contemplan a espacio y con bastante fundamento los reparos que ahora formula nuevamente en el presente recurso el defensor del sentenciado; pero si ello no hubiere satisfecho del todo al recurrente, a lo expuesto se puede agregar esto: para que, conforme a la ley, tenga lugar la equivocación a que alude el sustentante del recurso, es preciso que en el auto de proceder se haya señalado como fecha en que tuvo su realización el hecho criminoso, una distinta a esta fecha, por aparecer claramente no haberse demostrado en la propia forma, que no fue en aquélla cuando el delito se cometió, sino en la otra que se expresa o debe expresarse. Porque así es como se incurre en la equivocación de que trata el numeral 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887, relativa a la época en que el acto delictuoso se llevó a término, ya que equivocación no significa sino precisamente tomar o tener una cosa por otra sino cuando en el caso que se estudia, aparece o se demuestra con perfecta nitidez, que no fue en la época a que se circunscribe el auto de enjuiciamiento cuando el hecho tuvo su cumplimiento sino en otra completamente distinta, la cual debe manifestarse. Es así que el recurrente no demuestra aquí que en otra época diferente de la señalada hubiera tenido lugar el hecho delictuoso cuestionado, sino que apenas se limita a decir que la que expresan los juzgadores de instancia es demasiado vaga e indeterminada; luego la equivocación de que trata no existe en la realidad y consecuencialmente no hay la nulidad invocada". (Casación, XL, Nº 1887, mayo 10 de 1932) 232, 2ª 233, 1ª

ERROR DE DERECHO

- Nº 82 -

"Para que pueda prosperar en casación la acusación por error de derecho es preciso que el recurrente señale la disposición legal sustantiva violada a consecuencia del error. En otros términos: 'cuando se alega en casación mala apreciación de determinada prueba, ha de señalarse forzosamente la disposición legal infringida a causa de los errores de hecho o de derecho sufridos en esa mala apreciación, porque ésta no constituye una causal de casación separada y especial,

(1) Concuerda con esta doctrina la del Tribunal de Medellín, en sentencia de 24 de mayo de 1897, **Jurisprudencia de los Tribunales**, número 3715, Tomo 2o.

Págs.

sino un simple motivo de la causal primera, consistente en violación de ley sustantiva'. Jurisprudencia de la Corte, Tomo III, número 246)". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 11 de 1932) (1)..... 54, 2ª

ERROR EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA

- Nº 83 -

Se acusaba una sentencia por haber interpretado la demanda como si fuese de reivindicación, cuando al decir el actor que se condenase al demandado a entregarle el lote de terreno "que como de mi propiedad ha ocupado....., lote de terreno que poseo...", indicaba que el actor lo poseía y que el demandado era apenas un mero tenedor, lo que valía decir que el juicio era posesorio, en vez de ser de reivindicación.

"Al anterior reparo se observa que el Tribunal entendió la demanda en el sentido de que se había establecido la acción reivindicatoria, y entró, por lo mismo, en el estudio de los elementos que integran dicha acción. Si hubo error de hecho o derecho en la interpretación de la demanda, debió acusarse por este aspecto y por la primera causal el fallo, pues una vez entendida como lo fue la demanda, en el sentido de que se pedía la restitución de una cosa poseída por el demandado, de que era dueño el demandante, la sentencia tenía necesariamente que recaer sobre esa base". (Casación, XL, Nº 1886, junio 6 de 1932)..... 102, 2ª

ESCRITURA PUBLICA

- Nº 84 -

Se alegaba en casación que el sentenciador había incurrido en error de hecho y de derecho al aceptar cartas y declaraciones de testigos como plena prueba de que la actora había procedido como mandataria del testador en los contratos de mutuo celebrados por ella con varios individuos, en vez de atenerse a las escrituras públicas en que esos contratos constaban y en que la actora figuraba como dueña de los dineros dados a mutuo, con lo cual se creía vulnerado el derecho de la actora que había pedido en su demanda que la legítima rigorosa que le correspondía debía pagársele con bienes distintos de los indicados por el testador en una de las cláusulas del testamento y no con los que ella reputaba bienes de su propiedad.

"Se considera: como se ha visto en el extenso análisis del cargo anterior, Ana Rosa Sánchez obró como mandataria de Zenón Sánchez en los contratos de mutuo celebrados por aquélla con Medardo Herrera y Guillermo Posada Ucrós. Para fijar el alcance de los artículos 681 del Código Judicial y 1765 del Código Civil, es menester relacionar estas disposiciones con el artículo 1759 del Civil, de acuerdo con la doctrina uniforme de la Corte. 'Si bien es cierto que, conforme al artículo 1759 del Código Civil, las declaraciones hechas en un instrumento público hacen plena fe contra el declarante esta disposición debe entenderse, según lo ha establecido la Corte en otros fallos, en el sentido de no obstar eso para que la parte pueda probar por los medios que la ley concede, que las obligaciones expresadas en el documento han sido cumplidas por las partes'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 2º, número 898). 'La declaración contenida en una escritura pública de haberse pagado el precio de venta, admite prueba en contrario entre las partes contratantes, según lo ha resuelto la Corte al aplicar el artículo 1759 del Código Civil. De donde se deduce que el artículo 1934 debe entenderse en el sentido de que sólo para dirigir la acción contra terceros, hay necesidad de probar la nulidad o falsificación de la escritura'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 2º, número 1914). 'El artículo 1934 del Código Civil se refiere precisamente a los casos de resolución de contratos, y según sus términos, contra lo declarado en la escritura, puede admitirse prueba entre los otorgantes, y no contra terceros, respecto de los cuales se admiten sólo las de nulidad o falsificación de la escritura'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 2º, número 2234). Por consiguiente, el Tribunal aplicó acertadamente las disposiciones que el recurrente considera violadas por la sentencia, y el cargo es ineficaz". (Casación, XL, Nº 1887, junio 16 de 1932) (1)..... 161, 1º

EXCEPCION

- Nº 85 -

(Véase la doctrina contenida bajo el mote CASACION, Nº 298, 1ª, en sentencia de casación, abril 28 de 1934, XL, Nº 1888) 298, 1º

EXCEPCION

- Nº 86 -

Se había instaurado un juicio ordinario sobre servidumbre negatoria en que el actor pedía que cierto predio no estaba obligado a soportar en favor de otro una servidumbre de tránsito. Al interponerse el recurso de casación contra la sentencia final de segundo grado, anuló el fallo recurrido la Corte y dispuso devolver el expediente al Tribunal de su origen para que dictara un fallo no deficiente porque lo que halló menos el Tribunal en la demanda con que se inició el juicio fue la determinación de la cosa o

(1) Concordancia: No. 145, Tomo 2.o, Jurisprudencia de la Corte.

(1) Artículo 630 y siguientes del nuevo Código Judicial.

Págs.

hecho demandado, por no haberse señalado por sus linderos el lote que podía ser dominante en la servidumbre a que se refería la litis. (1).

"Estos defectos de la demanda dan lugar a que el Juez la devuelva de oficio para que se subsanen, o a que el demandado proponga la excepción dilatoria de inepta demanda. Si no se hacen estas cosas a su debido tiempo, el juzgador, en la sentencia definitiva no puede, de oficio, declarar probada la excepción dilatoria de inepta demanda, aun cuando la califique de perentoria, ni fundar en ella la absolución del demandado, porque esto equivale a decir que se inicie un nuevo juicio sobre la misma cosa y entre las mismas partes, con una demanda mejorada, y esto, como se ve, no es decidir si el demandante tiene o no tiene la acción propuesta". (Casación, XL, Nº 1887, julio de 1932)..... 183, 1ª

EXCEPCION

- Nº 87 -

Se alegaba la segunda causal de casación conforme al artículo 2º de la ley 169 de 1896, porque, decía el recurrente, el fallo recurrido había decidido la confirmación de la sentencia de primera instancia en que se declaró probada la excepción de ilegitimidad sustantiva en la personería de la parte actora.

"....Si bien es cierto que la parte demandada no dio contestación a la demanda, también lo es que dicha parte, desde que fue notificada de la demanda, desconoció la existencia de la sociedad demandante impugnándola, primero por vía de excepción dilatoria, y, después, como cuestión de fondo en el alegato de primera instancia; y, por consiguiente, siendo ese un hecho insistentemente alegado por la parte demandada, el juzgador debía tomarlo en cuenta y reconocerlo si a su juicio estaba demostrado, ajustándose al mandato del artículo 51 de la ley 105 de 1890, según el cual..... Ya lo ha declarado la Corte, y ahora lo ratifica, que, 'no es casable por la segunda de las causales de casación la sentencia del Tribunal que declara la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante sin que esa excepción hubiera sido materia del debate'. (Casación de 24 de julio de 1920, GACETA JUDICIAL, XXVIII, 119, 3ª)". (Casación, XL, Nº 1889, agosto 3 de 1932)..... 436, 1ª

EXCEPCIONES

- Nº 88 -

Decía el autor de un recurso propuesto en un juicio de resolución de un contrato, que el Tribunal, al decretar la resolución, no había fallado expresamente sobre la excepción de inexistencia de la cesión del crédito que aparecía cedido.

"El cargo no es fundado, porque si, como lo reconoce el autor del recurso, el Tribunal consideró las excepciones en la parte motiva de su sentencia, aunque no dijera nada de ellas en la parte resolutiva, siempre hay fallo implícito de tales defensas, según lo ha reconocido la Corte en numerosos fallos". (1) (Casación, XL, Nº 1886, mayo 30 de 1932)..... 78, 2ª

EXCEPCIONES

- Nº 89 -

Decía el recurrente contra la sentencia proferida en un juicio de tercería, que habiéndose alegado la excepción de nulidad de una hipoteca el Tribunal debió declararla probada.

"....Si no se resolvió sobre la excepción de nulidad de la hipoteca, se debió a que no estaba obligado a hacerlo, porque el demandado fue parte en el contrato de hipoteca, y por lo mismo no podía alegar como absoluta esa nulidad. La Corte tiene resuelto que las únicas excepciones que no puede fallar el sentenciador, aunque se hallen acreditadas en el proceso, son aquellas que el demandado no pudo proponer, ni al contestar la demanda ni en la primera mitad del término probatorio, como la nulidad absoluta, cuando el demandado ha intervenido en el acto o contrato nulo. (Véase casación de 12 de julio de 1920, tomo XXVIII, página 103, 2ª). Y si el demandado, que fue parte en el contrato, no podía en las instancias alegar esa excepción, tampoco lo puede en casación" (2). (Casación, XL, Nº 1888, abril 28 de 1934)..... 296, 1ª

EXCEPCION PERENTORIA

- Nº 90 -

El recurrente en un juicio sobre venta en pública subasta de una casa alegó contra la sentencia que negó la división **ad valorem** las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial; para sustentar la segunda se basaba en que la sentencia no se hallaba en consonancia con las pretensiones deducidas en la demanda por haber reconocido probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado.

"Se observa: Cierto es que las pretensiones del demandante fueron deducidas oportunamente, y que el fallo del Tribunal que confirmó el del inferior, no está de acuerdo con ellas. Pero el Juez pudo declarar de oficio la excepción perentoria que él estimó existente en el juicio, con arreglo al artículo 51 de la ley 105

(1) Artículos 205 y 222 C. J.

(1) Concordancias: Nos. 1554, Tomo 1.o, **Jurisprudencia de la Corte**, 931, 932, Tomo 2.o, 1577, 1580, 1584, 1600, Tomo 3o.

(2) Nº 1607, Tomo 3º de la **Jurisprudencia de la Corte.**

Págs.

de 1890, y el Tribunal no hizo otra cosa que refrendar semejante decisión. Cuando el Tribunal declara de oficio una excepción perentoria o confirma la declaración del Juez, no es dable alegar en casación que la sentencia no está en armonía con las pretensiones de las partes, pues la alegación conduciría a dejar sin aplicación el mencionado artículo 51 de la ley 105 de 1890 y el 343 del Código Judicial ahora vigente, que mantiene la misma doctrina. Sin duda es éste un evento en que, por expresa disposición legal, el juzgador puede apartarse, en su fallo, de las pretensiones de los litigantes; y lo que entonces procede en casación es invocar la causal primera, demostrando que no era el caso de declarar la excepción, y que por tanto, hubo quebrantamiento de determinada ley". (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 30 de 1932) 550, 1ª

EXEQUIBILIDAD

- Nº 91 -

"Fueron declarados exequibles los artículos 4º de la ley 99 de 1931, 3º de la 119 de 1931, los numerales 1, 2, 4 a 8, 10 a 14, 18 y 20 del artículo 1º, los numerales 7, 9, 15 y 17 y 19 del mismo artículo 1º, los artículos 15 y 17 a 22 del Decreto número 92 de 1932, originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. También se declaró que era exequible el Decreto número 280 de 16 de febrero de 1932. (Sentencia de la Corte Plena, XL, Nº 1886, septiembre 26 de 1933) (1) 3, y sigts.

EXEQUIBILIDAD

- Nº 92 -

Es exequible la ley 42 de 1923, orgánica de la Contraloría General de la República. La Corte, a pesar de que ya había fallado negativamente una demanda similar por sentencia de fecha 9 de agosto de 1924, declaró nuevamente la exequibilidad de la ley acusada. (Sentencia XL, Nº 1889, agosto 2 de 1923) ..... 399, 1ª y 2ª, 400, 1ª y 2ª, 401, 1ª y 2ª, 402, 1ª y 2ª, 403, 1ª y 2ª, 404, 1ª y 2ª

EXHIBICION

- Nº 93 -

Se trataba de la petición sobre exhibición de unos documentos que el actor no indicaba.

"....Para llenar los fines de esta disposición (2), lo primero que debe satisfacerse es la exigencia lógica de señalar de modo preciso cuál es el documento de que se trata, lo que no puede hacerse sino señalando su fecha, la materia sobre que versa, las personas que en el acto hayan intervenido; si es instrumento público, el funcionario que lo autentica, el lugar donde pasó y el archivo en que debió reposar anteriormente; en una palabra, todas aquellas indicaciones que singularicen, individualicen y determinen, sin lugar a duda, cuál es el documento de cuya exhibición se trata, de forma que el demandado en ningún caso pueda confundirlo con otro y pueda satisfacer así las exigencias de la ley, como las aspiraciones de la parte que acciona contra él. Deduciéndose como consecuencia que, por este aspecto, y dados los términos en que la demanda está concebida, ella no llena ni los fines lógicos ni legales que persigue; porque decir que deben exhibirse 'documentos, datos, registros, escrituras públicas o de carácter público', con los cuales se va a demostrar un derecho determinado, pero que no son conocidos 'por ser muy antiguos y hallarse en sitios o archivos que ignoramos', o por haberse sustraído originales de los archivos de ciertas oficinas, o por no quedar de ellos más que copias únicas, por haberse destruído en alguna forma las escrituras matrices; asegurar esto y afirmar en seguida que la existencia de tales documentos en poder del demandado sí es conocida, es destruír la última afirmación por la negación que se expresa en las primeras aseveraciones". (1) (Auto, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1889, agosto 6 de 1932) 529, 1ª

F

FIANZA DE CARCEL

- Nº 94 -

Se opuso en un juicio ejecutivo seguido por la Nación la excepción de inexistencia de la obligación por aseverarse que el fiador de cárcel había presentado oportunamente a su fiado.

"Esta Sala de la Corte, en sentencia de veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y tres, y en un asunto idéntico al que aquí se dilucida, resolvió lo siguiente: 'La providencia del Juez citado está en un todo ajustada a lo que preceptúa el artículo 17 de la Ley 83 de 1915, que dice ...Precisamente es ésta la situación jurídica de Camargo lante la ley: adquirió como fiador el compromiso de presentar ante las autoridades a su fiado los lunes y cada vez que fuera menester; y no la cumplió... Esta es una fianza como cualquiera otra; en ella se asegura el cumplimiento de un hecho ajeno. La no realización de la obligación estipulada impone al fiador que no com-

(1) V. Leyes y decretos acusados.

(2) Artículo 300 del nuevo Código Judicial.

(1) En el recurso de súplica intentado contra el auto que se menciona sienta la Sala Dual igual doctrina al confirmar ese auto.

Págs.

pele al sindicado a cumplir con el deber de presentarse, el pago de una multa como pena, pago que se hace a favor del Tesoro Nacional. No desaparece la obligación principal del sindicado, porque en materia criminal para el ejercicio de la justicia, el representante de la sociedad es el Estado, en tanto que el fiador, como responsable de una obligación accesoria, sólo garantiza la presentación del fiado cuando las autoridades lo soliciten, mas no el cumplimiento de la pena que corresponde al sentenciado, porque a ello se oponen la más elemental equidad y preceptos constitucionales. Esta importante diferencia la establece la ley precisamente porque la obligación de sufrir una pena corporal por la comisión de un delito no puede remitirse por ninguna indemnización pecuniaria. Y se exige la indemnización pecuniaria porque el tiempo señalado por la ley para el ejercicio de la justicia en los términos allí determinados, debe ser garantizado de manera efectiva y no quedar sujeto al arbitrio de un tercero. Quien no presenta al procesado en el tiempo determinado, falta a su obligación, y es, por tanto, responsable; corrobora esta afirmación lo dispuesto por el artículo 2377 del Código Civil, al decir: 'El fiador es responsable hasta de la culpa leve, en todas las prestaciones a que fuere obligado.' Y culpable fue García al no poner de su parte aquella diligencia y cuidado que era menester para poder presentar a Ramírez en el preciso momento en que se lo ordenara la autoridad competente. La precedente exposición tiene por objeto desvanecer la afirmación hecha por el señor Procurador General de la Nación, cuando sostiene que dejó de existir la obligación principal, y por consiguiente, la accesoria de la fianza'. Finalmente, la providencia del Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Buga habla de multa y no de fianza, cosas jurídicamente distintas, aunque ambas susceptibles de ejecución por jurisdicción coactiva. Si la segunda, para hacerla efectiva, debe estar acompañada—y en el presente caso lo está—de los requerimientos correspondientes, la primera sólo necesita de la providencia que la decreta. Es así que en los autos existe la providencia, no invalidada por autoridad competente, en virtud de la cual se ejecuta a García C., y también que allí consta que la obligación no fue cumplida dentro de los precisos términos señalados, luégo no podrá declararse probada la excepción propuesta". (Auto, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1888, febrero 7 de 1934) ..... 349, 2ª y 350, 1ª

FUERZA Y VIOLENCIA

- Nº 95 -

Precozmente ávida del amor sexual era una niña de diez años de edad, a la cual cameleaban e instruían en los actos preparatorios del sexual dos hombres, uno de los cuales, incitado por la niña, la desfloró. Al sometérsele al Jurado el correspondiente cuestionario respondió así: "Sí, pero con voluntad de la ofendida". El Procurador General de la Nación manifestó que se trataba de una respuesta enfáticamente negativa en atención a la precocidad de la niña que buscaba entre la peonada la misericordia de los acercamientos furtivos y que había que concluír que el acusado no la había violado sorpresivamente. Dijo la Corte:

"La Sala considera que no puede admitirse, en manera alguna, que la contestación del Jurado equivalga a una respuesta negativa, por varias razones: La expresión "PERO CON VOLUNTAD DE LA OFENDIDA" que agregó el Jurado después de una coma (,), a la respuesta afirmativa que con toda razón dio a la pregunta referente al delito de fuerza y violencia cometido con una impúber, es ilegal, está en contradicción con el mismo veredicto y con lo que aparece de autos, especialmente con la contestación que el mismo Jurado dio a la pregunta relacionada con el delito de corrupción, y más que todo con el dictamen pericial sobre el reconocimiento hecho en la persona de Eulalia Castro. El artículo 48 de la ley 169 de 1896, modificado por el artículo 4º de la ley 1ª de 1923, pero únicamente en cuanto éste suprimió la unanimidad y la reemplazó con la mayoría de votos, determina con toda claridad o precisión la forma o manera como el Jurado debe contestar al cuestionario que le someta el Juez. 'El Jurado resolverá la cuestión con las palabras 'Sí' o 'No'; pero si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas, deberá expresarlo brevemente en la contestación. Resulta de esta disposición, sin la menor duda, que siendo así que en el único caso que la ley permite al Jurado contestar con expresiones distintas de la de 'Sí' o 'No', es cuando encuentra que se ha cometido un hecho criminoso con circunstancias diversas. Agregación como la que hicieron en el presente caso de la expresión ... pero con voluntad de la ofendida', después de la palabra 'sí', es legalmente inadmisible, y por lo mismo el veredicto del Jurado referente al delito de fuerza y violencia, debe tenerse por simplemente afirmativo. Por otra parte, en el supuesto de que legalmente fuera admisible la agregación del Jurado, es decir, que la ley permitiera contestaciones como la que dio en el caso que se estudia, la expresión PERO CON VOLUNTAD DE LA OFENDIDA, debería rechazarse por estar en abierta contradicción con la misma respuesta afirmativa que el Jurado dio por medio de la respuesta 'Sí'; y esto porque el Jurado al contestar con ella en primer lugar, reconoció, aceptó y declaró que Jeremías Castellanos había ejecutado el acto con todas las circunstancias que se expresan en la pregunta, es decir, que abusó de la menor impúber, que la sorprendió en momentos en que se encontraba sola, le quitó los calzones, la tumbó cerca del fogón y ejecutó con ella el acto carnal y la desfloró, etc., circunstancias todas que se oponen y hacen imposible que el hecho se ejecutara con voluntad de la ofendida,

Págs.

pues todas ellas excluyen esta voluntad. La expresión CON VOLUNTAD DE LA OFENDIDA, está también en contradicción con la respuesta afirmativa que el mismo Jurado dio a la pregunta que le hizo relacionada con el delito de corrupción, pues si, como lo afirma el Jurado, Jeremías Castellanos ejecutó con Eulalia Castro todos los actos de corrupción de que trata la pregunta; entre otros, el de separarle las piernas y colocársele encima en ademán de ejecutar el coito, es decir, sin llegar a consumarse éste, es indudable que la voluntad de la ofendida quedó anulada, no existía, no pudo existir en el momento en que se consumó ese acto, pues las enseñanzas anteriores de los Castellanos eran de actos muy distintos y que impedían que la Castro pudiera consentir en el verdadero coito, ya que ella necesariamente desconocía ese acto, y, por lo mismo, mal podía consentir en él". (Casación, XI, Nº 1888, febrero 28 de 1934). ..... 339, 2ª y 340, 1ª

Hubo salvamento de voto.

H

HEREDERO

- Nº 96 -

Habiéndose alegado en las instancias de un juicio sobre nulidad por simulación de un contrato, sin éxito, la excepción de falta de personería sustantiva del actor o actores como herederos del que había figurado como vendedor en el contrato tachado de nulo, se atacaba en casación la apreciación hecha por el sentenciador al reconocer como tales herederos a los actores y se decía que habían sido violadas varias disposiciones de los Códigos Civil y Judicial.

"A lo anterior observa la Corte, en primer término, que uno no es heredero porque un Juez lo declara así, sino que, al contrario, el Juez hace tal declaración porque uno es heredero, dando la prueba, ya del entroncamiento con el 'de cujus', o la institución testamentaria. Por eso ha dicho la Corte: 'El carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter ,sino por el hecho de la defunción del 'de cujus' que lo haya instituído tal, sin condición, o que por los lazos de sangre se halla en el caso de ser considerado heredero.' ("Jurisprudencia de la Corte", tomo III, número 1842)." (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 30 de 1932)..... 554, 2ª

HERIDAS

- Nº 97 -

El reo recurrente contra la sentencia que le condenó por homicidio y por heridas decía que el sentenciador había aplicado erróneamente la ley penal desde que siendo responsable por heridas voluntarias se le había aplicado una disposición penal que se refiere a heridas premeditadas.

Trascribe la Corte, como fundamento de su sentencia que no infirma la del Tribunal, el concepto del Procurador que dice así:

"Cree el recurrente que el delito de heridas que sanciona el artículo 645, así como aquéllos a que se refieren los artículos 646 y 650, son específicos, y requieren la concurrencia del elemento premeditación para la existencia de la entidad punible, así como lo requiere el delito específico de homicidio premeditado. Parece que de la misma manera lo creyó la Corte, cuando en sentencia de diez y siete de diciembre de mil novecientos veintiocho, llegó a absolver al procesado, porque el Jurado negó la premeditación en el caso de unas heridas, argumentando que la circunstancia de la premeditación es elemento esencial del delito, y que al negarla el Jurado, el hecho punible quedó desintegrado, y no hay, por otra parte, disposición aplicable al caso de la responsabilidad que así se dedujo. Acogido como principio fundamental el concepto de que la premeditación es elemento esencial integrante del delito de heridas en los casos de los artículos 645 y 651 del Código Penal, es indiscutible que para la comprobación del cuerpo del delito es absolutamente indispensable que se establezca la concurrencia de ese elemento. Si no se comprueba, el delito no existe, y el caso ha de quedar sin sanción por esa causa. Pero de aquí resulta evidentemente el absurdo de que habría de quedar impune el hecho en todo caso de heridas graves que produzcan enfermedad de por vida, o la pérdida de algún miembro, o una deformidad física, o una perpetua incapacidad de trabajar como antes, o incapacidad temporal dentro de la graduación establecida en los artículos 646 a 650, y el agravado por razón de las circunstancias de asesinato, de que trata el artículo 651, cuando no se logre comprobar la premeditación, ni tampoco la concurrencia de circunstancias especiales, de aquéllas a que se refieren las demás disposiciones del capítulo de heridas, por la razón de no existir disposición que sancione el hecho cometido en aquellos casos con las características de simplemente voluntario y en un acto primo, por ejemplo. Y como no es posible suponer siquiera que el legislador haya incurrido en semejante absurdo, precisa estudiar la cuestión jurídica, que de esta manera se presenta interesante. Yo creo que aquel principio de que la premeditación es el elemento esencial constitutivo del delito de heridas en los casos de los artículos 645 a 651, carece de fundamento jurídico y obedece a una confusión que es la que en definitiva ha conducido a aquel absurdo. Es que se ha querido aplicar al delito de heridas el mismo sistema que el Código empleó al tratar del homicidio y en esto está radicado el error. Voy a explicarme: Efectivamente: en el capítulo de homicidio el Có-

Págs.

digo acogió el sistema de definición, y fue clasificado el delito por especies, según las circunstancias inidividualizadoras del hecho. Así estableció la especie de homicidio premeditado, la del homicidio asesinato, la del simplemente voluntario, la del parricidio y la del involuntario. Todas estas especies requieren en su individualización la concurrencia de determinadas circunstancias como elementos constitutivos del delito, para que el hecho concreto quede catalogado en la especie que le corresponde. Por lo tanto aquel homicidio que no haya sido cometido en la persona de un ascendiente, de un descendiente o del cónyuge, no podrá colocarse en la especie de patación y circunstancias de asesinato, habrá de quedar en la especie de homicidio asesinato. Pero si sólo ha ocurrido premeditación, el homicidio irá a la especie del premeditado, y si tampoco ha ocurrido premeditación, vendrá a la especie del simplemente voluntario. Si hubiere faltado la voluntariedad, quedará reducido indefectiblemente a la especie del involuntario. No acontece lo mismo en el capítulo de las heridas. Allí se apartó el Código de aquel sistema, y entró tan sólo a señalar sanciones para ciertos hechos, pero ni definió el delito ni lo clasificó por especies. Tomó las circunstancias caracterizadoras de las especies de homicidio únicamente para establecer la mayor o menor gravedad de la penalidad. Fíjese la atención en este punto especialmente, y se comprenderá cómo tales circunstancias especiales no entran en los casos de heridas como elementos constitutivos del delito, sino como meras agravantes, y cómo de esta manera cambia el sistema totalmente para llegar a una consecuencia que destruya el absurdo sin dejar sin sanción muchos casos que pueden presentarse sin que sea posible comprobar tangiblemente la premeditación. En efecto, si se considera esta circunstancia como elemento constitutivo del delito, el Juez tiene que hallarla comprobada completamente para poder enjuiciar y para condenar luégo directamente si le toca fallar sin intervención del Jurado, o para preguntarle a éste sobre tal circunstancia, en el caso de que haya esa intervención. Si no está comprobada, el Juez no puede enjuiciar porque no está comprobado el cuerpo del delito, y si lo hace, el Jurado niega luégo la premeditación, porque, a diferencia del homicidio, en los casos de heridas no existe delito definido ni especies clasificadas, y no hay, por lo mismo, la especie de delito de heridas voluntarias, en donde pueda acomodarse el hecho cuando se ha suprimido la premeditación, como se hace con el homicidio. Pero si se le considera como una circunstancia agravante general, comprendida en la tercera del artículo 117 del Código Penal, el Juez puede enjuiciar por un delito de heridas sin hacer mención de ella y luégo deducirla en la sentencia de la falta de concurrencia de otras circunstancias que sitúen el hecho en un caso distinto de los artículos 645 a 651. Aun la misma redacción del artículo 645, tomando éste como

Págs.

ejemplo, indica que la premeditación se ha tomado allí como agravante y no como elemento constitutivo del delito. Comprende el hecho delictuoso estos términos: 'El que voluntariamente hiera, dé golpes, o de cualquier otro modo maltrate de obra a otra persona'. Y agrega: 'Con premeditación y con intención de maltratarla'. Si hubiera querido tomar la premeditación como elemento constitutivo del delito, más clara y comprensivamente hubiera dicho: 'El que voluntaria y premeditadamente hiera, dé golpes, o de cualquier otro modo maltrate de obra a otra persona'. A diferencia de lo que hizo al tratar del homicidio, el legislador no incluyó en el capítulo de las heridas la presunción de premeditación, precisamente porque la premeditación es deducible por el Juez como circunstancia agravante general, en todo caso de heridas no causadas en riña, sin traición ni alevosía, ni en las condiciones de los artículos 604 a 608. El legislalor tuvo en cuenta todos los casos que puedan presentarse en el delito de heridas, y se concretó a sancionarlos en atención a las circunstacias agravantes que contempló, pero sin entrar en condiciones individualizantes. En este orden estableció un régimen de penalidad al cual relacionó la generalidad de los casos en forma tal, que directa o colateralmente toda sanción se refiere a los casos de los artículos 645 a 651, con las solas excepciones de los hechos comprendidos en los artículos 655 y 658, que, como especialísimos, tienen sus sanciones especiales también, y de los casos de heridas causadas sin voluntad, en los cuales, por lo mismo, no puede haber nunca premeditación'. Después de hacer un cuadro sinóptico del sistema penal del Código, en lo relativo al delito de heridas, la Procuraduría continúa: 'Como se ve, es este un régimen perfectamente vertebrado que depende en su mecanismo del sector formado por los artículos 645 a 650. Estos artículos señalan la estructura general del delito por las consecuencias que cada hecho produzca, y a excepción de los casos comprendidos en los artículos 655, 658 y los que se refieren a las heridas causadas sin voluntad, todos los demás hacen relación a aquella estructura general en cuanto al hecho mismo, y modifican la pena, aumentándola o disminuyéndola, según las circunstancias especiales que concurran. De lo cual resulta evidentemente que todo caso de heridas tiene su sanción en los seis primeros artículos que rigen el sistema, pero esa sanción está sujeta a modificación de aumento o de disminución, según que concurran en el hecho circunstancias que lo agraven o lo atenúen, conforme a las demás disposiciones especiales. Y es consecuencia de esto la de que en todo caso haya de considerarse el delito de heridas con la agravante de la premeditación, siempre que no resulte claramente que se cometió en riña, en alguno de los casos de los artículos 604 a 608, o en los de los artículos 655 y 658, porque éstos constituyen verdaderas excepciones, que no caben en la regla general. En mi concepto, el legislador, al estudiar todos los

Págs.

casos de heridas que pueden presentarse, tuvo en cuenta los más comunes, que son: los de heridas causadas en riña; los de heridas causadas en el acto de ser provocado por una ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o a la de alguna de las a que se refiere el artículo 587; los de heridas causadas en el acto mismo de ser provocado por golpes, heridas u otra violencia contra su propia persona o contra alguna de las ya citadas; los de heridas causadas a alguna de las personas indicadas en el artículo 606, cuando la sorprenda en acto carnal o preparatorio de éste, con hombre que no es su marido; los de heridas causadas con exceso, ligereza u otra culpa, en los casos del artículo 591, y los de heridas causadas con exceso, ligereza u otra culpa, en los casos del artículo 591, y los de heridas causadas sin mediar motivo previo y conocido. Los primeros los consideró menos graves, y los sancionó benignamente, en atención a las causas que los estimulan, aunque las heridas dejen lesiones o incapacidades graves, leves o levísimas. El último, que puede ser de ocurrencia frecuente, lo consideró más grave, y entendió que por carencia de un móvil debía deducírsele en todo caso la agravante de la premeditación, y lo sancionó con las penas de los artículos 645 a 650.

Aquí la razón de la tesis que sostengo: cuando no aparezca claramente que el hecho tuvo una causa de las indicadas en los casos menos graves del párrafo anterior, o que las heridas fueron causadas involuntariamente o en uno de los casos de los artículos 655 y 658, ha de tenérsele como caso de heridas causadas voluntariamente y con premeditación; si además reúne las condiciones de alguno de los artículos 651, 652, 653, 654, 656, 657, 664 y 665, se le sancionará con la pena que señale la respectiva disposición de éstas. Si no reúne ninguna de ellas quedará comprendido en uno de los casos de los artículos 645 a 650, según la clase de lesiones o incapacidades que las heridas hayan producido". (Casación, XL, Nº 1888, fefrerero 16 de 1934) ..... 326, 2ª, 327, 1ª y 2ª, y 328, 1ª

HIPOTECA

- Nº 98 -

Angel Parra le hipotecó a Rubén Uribe D., por escritura de 17 de diciembre de 1926, unos inmuebles que había adquirido el mismo día de Pedro Luis y Darío Restrepo por escritura que solamente vino a registrarse el 17 de mayo de 1929, Por escritura del 20 de mayo de 1929, hipotecó Parra los mismos bienes a Francisco Botero y éste se los embargó en el juicio ejecutivo que le siguió. Uribe D. compareció en tercería coadyuvante, como primer acreedor hipotecario, pero el Tribunal consideró que primaba la hipoteca hecha a Botero y en la sentencia de prelación se consideró al ejecutante como acreedor privilegiado. Se acusó la sentencia por el recurrente Uribe D., por violación de varios artículos del código civil. La Corte dijo:

"Para dar respuesta a estas inculpaciones, la Sala considera lo siguiente:—El principio general del Código Civil es que la hipoteca debe recaer sobre bienes actualmente propios del que constituye la carga; pero tiene excepciones: la hipoteca de bienes futuros en el sentido en que la autoriza el artículo 2444, y la hipoteca del derecho eventual, a que se refiere el artículo 2441. El sentenciador tomó en forma absoluta el principio de que se trata, o sea sin reconocer las excepciones que lo acompañan. El mismo día en que Parra le hipotecó los lotes a Uribe D., los había comprado a Darío y Pedro Luis Restrepo, por escritura otorgada en la propia Notaría, antes de otorgarse la hipoteca. Por consiguiente, en el momento de extenderse el instrumento de hipotecación, dicho Parra tenía, respecto de los lotes que gravaba, el derecho eventual de que le hicieran su entrega mediante el registro de la escritura de compraventa. El registro era el evento o acontecimiento que le hacía la tradición del dominio. En este orden de ideas, es válida la hipoteca constituída a favor del recurrente, porque el evento que le dio realidad al dominio de Parra se operó después. En efecto:

Parra, todavía sin registrarse la escritura que le hicieron los Restrepos, vendió los lotes, formando un solo cuerpo, a Rosa Arango de P., por escritura de trece de mayo de mil novecientos veintinueve, registrada el mismo día; el diez y seis del propio mes, la señora Arango le vendió los lotes a Parra, por escritura registrada el día diez y siete, día en que también se registró la escritura número 3164 otorgada por los Restrepos a Parra. Así, pues, el evento que le confirió al ejecutado el dominio de los lotes se consumó el diez y siete de mayo de mil novecientos veintinueve, y desde entonces, por lo menos, la hipoteca se consolidó en los inmuebles. Al no entenderlo así, el sentenciador violó el artículo 2441 del Código que se viene citando. La hipoteca constituída a favor del señor Botero R., es posterior a la de Uribe D., porque la escritura respectiva fue registrada el veintiuno de mayo de mil novecientos veintinueve, es decir, cuatro días después de haberse registrado la escritura de venta de los Restrepos a Parra. Empero, como el Tribunal desconoció la hipoteca de Uribe, que es la primera, violó asímismo el artículo 2449, que manda graduar las hipotecas por el orden de sus fechas. Motivos son éstos suficientes para casar la

Págs.

sentencia recurrida en lo relativo a Uribe D." (Casación, XL, Nº 1888, febrero 15 de 1934) ..... 262, 2ª y 263, 1ª

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO, DE MENOR GRAVEDAD

- Nº 99 -

A un Jurado se le preguntó si el acusado era responsable de haber dado muerte a N. por medio de una herida causada con proyectil de revólver en cierto día señalado, y si el acusado había procedido voluntariamente y con intención de dar muerte, a lo cual contestó: "Sí, por haberle inferido una ofensa a su hija". Se condenó al reo a la pena de seis años de presidio con aplicación del artículo 600 del código penal y el Tribunal confirmó la sentencia. Recurrido el fallo en casación por el procesado se invocaron como causales la 1ª y 3ª del artículo 3º de la ley 78 de 1923, correspondientes a los ordinales 1º y 4º del artículo 3º de la ley 118 de 1931. Dijo la Corte:

"Para resolver, se considera:—El resumen de los hechos, según los datos que arroja el proceso, y aun teniendo en cuenta la calificación que el veredicto expresa, viene a establecer que en las últimas horas de la tarde del día siete de diciembre de mil novecientos treinta, cuando la señorita Ana Rosa Flórez se disponía a salir de su casa de habitación —la casa paterna— todavía en el zaguán, se encontró con Adolfo Castro, y como ella gritara: 'No me prenda, Adolfo', salió apresuradamente del interior de la casa el padre de la joven, y después de increpar a Castro, le hizo un disparo de revólver que le postró en tierra. Ante todo cabe preguntar: cuál es en el presente caso el alcance del veredicto, y cuál el significado preciso de la modificación introducida por la mayoría de los jueces de hecho? Puesto que el ordinal 1º del artículo 587 del Código Penal prevé como caso general de homicidio voluntario el que se comete mediante una provocación, OFENSA, agresión, violencia, ultraje, injuria, o deshonra GRAVE, que INMEDIATAMENTE ANTES DEL HOMICIDIO, se haga al propio homicida o a alguna de las personas ligadas a él estrechamente, que la misma disposición enumera, contando a las hijas; y siendo así que de otro lado el artículo 604 contempla la hipótesis del que siendo provocado por alguna OFENSA, injuria o deshonra graves, cometidas hacia su propia persona o la de algunas de las expresadas en el artículo 587, mate en el ACTO MISMO al provocador, atenuando especialmente la responsabilidad, no hay duda de que la explicación dada por el Jurado, que habla simplemente de ofensa, sin mencionar el tiempo u oportunidad de haber sido inferida, es deficiente, bien por lo que respecta a la materia de que trata el ordinal 1º citado, como en lo tocante a la responsabilidad atenuadísima que el artículo 604 prevé. A virtud de la deficiencia apuntada, podrá desecharse de plano la modificación que la mayoría de los jueces de hecho puso en el veredicto, precisamente para dejar constancia de su divergencia de opiniones con la minoría, en cuanto a la manera de apreciar o calificar los hechos sometidos a su decisión? Basta la lectura del fallo recurrido para observar cómo el Tribunal por medio de un análisis razonado, llegó a la conclusión de aplicar el artículo 600; y si la Corte no puede compartir en un todo el modo de juzgar el caso sometido a su estudio, puede, al menos, encontrar que el sentenciador buscó adecuadamente los medios para acertar, aun cuando no fue feliz en todas sus apreciaciones. Cita varias doctrinas de la Corte para sustentar su proveído, las que en realidad ha sustentado la Sala de Casación Penal en numerosos fallos, pero ellas en rigor no conducen a todas y cada una de las conclusiones aceptadas por el Tribunal con mayoría de votos, pues como bien lo apunta el Magistrado disidente, no hay contradicción alguna entre aquellas doctrinas y la tesis sustentada por este último Magistrado, que es en su fondo la misma que el presente fallo expone. Al paso que testimonios como los de Juan de la Cruz Núñez, Santos Ruiz, Carlos Vera Chacón y Marcelino Amaya, narran escuetamente los hechos, dando razón del disparo y de la caída de la víctima, sin afirmar ni negar la ofensa contra el pudor inferida por Castro a la señorita Flórez, otros testimonios como los de Mercedes Pérez, Isabel Castellanos y Victoriano Pérez Villamizar, hablan de que al sentir el grito de la joven que llamó la atención de ellos pudieron ver cómo Castro asía del vestido a la señorita en ademán de tocarla torpemente, procurando ella escaparse. Por consiguiente, si bien examinadas las cosas no puede hallarse contradicción entre el dicho de los testigos de uno y otro grupo, puesto que en realidad sucede nada más que el testimonio de algunos de ellos guarda silencio sobre pormenores que resultan del dicho de otros declarantes, quizá porque se encontraron en situación mejor para observar y percibir los hechos, no puede negarse que el Jurado tuvo muy en cuenta las declaraciones de Pérez Villamizar y concordantes, para agregar la modalidad que el veredicto contiene. Se comprende muy bien, como lo dice el señor Magistrado que salvó su voto, que en el seno del Jurado hubo una diferencia bastante profunda sobre el modo de apreciar el hecho, y que no fue un interés puramente académico el que decidió a la mayoría a expresar la cualificación respecto a la ofensa inferida por la víctima a la hija del victimario. Se comprende, asímismo, que la mayoría de los Jueces de hecho le dieron también importante significado a la calidad de la ofensa y a su repercusión en el ánimo del padre, exaltado y fuéra de sí, quizás por el conocimiento previo que tuviese acerca del

Págs.

atrevimiento habitual del occiso. Pero como por otra parte no aparece que se hubieran llenado en el caso de autos, todos los elementos de hecho que el artículo 604 tiene en especial consideración para atenuar grandemente la responsabilidad, ya que el Jurado no declaró que el disparo fuera hecho en el actò mismo de la ofensa; y se encuentra que, antes bien, acudiendo el padre al llamamiento de la hija, sin que se sepa —porque nada consta al respecto— que cuando él viniese continuara Castro en la consumación de la ofensa, esto es, que el padre hallara a la hija, como víctima de las audacias lúbricas de Castro, y en el acto mismo le disparara, se llega a la conclusión de que el delito se halla previsto en el ordinal 1º del artículo 587, en cuanto el homicidio vino inmediatamente después de la ofensa recibida. Situada la responsabilidad del acusado en la hipótesis de esta última disposición, no quiere ello decir que al hecho le corresponda precisamente la pena establecida por el artículo 600, si, como en el presente caso sucede, existen circunstancias y razones plausibles para hacer uso del arbitrio que el inciso 2º del artículo 602 otorga al Juzgador en forma que permite en algún modo la individualización de la pena; tesis que viene sustentada en la demanda como subsidiaria y que se justifica según pasa a verse: Efectivamente a la modificación que acerca de la responsabilidad introdujo el Jurado no puede dársele simplemente el valor de haber expresado el móvil del agente en la consumación del hecho, sin más consecuencias, porque si es cierto que allí queda consignado el motivo determinante, lo es también que la naturaleza de éste, su carácter noble y elevado, ponen de manifiesto que se trata de un homicidio de menor gravedad. En el móvil del agente, revelado por ciertas circunstancias de hecho, se funda la atenuación especial del homicidio simplemente voluntario, según el Código de las penas; y si a ese móvil, que en el caso de autos no denota perversidad o instintos antisociales, se agrega la buena conducta anterior y la ausencia de agravantes, que motivó la calificación de la delincuencia en el grado más benigno, conviene a la justicia no agravar el estado de quien, como consecuencia del amor paternal, sobreexcitado, por las ya anotadas circunstancias cometió el delito. Esto es también lo que transparenta el veredicto. Muy clara se ve allí la intención del Jurado, no en cuanto a atenuar la responsabilidad en forma especial, pero sí, al menos, en el sentido de excluír al acusado de la clase o categoría común de los homicidios voluntarios, poniendo de presente una circunstancia relatada por varios testigos, que bien puede sentar el arbitrio judicial de que se ha hablado. (Casación, XL, Nº 1887, abril 28 de 1932) ..... 229, 1ª y 2ª y 230, 1ª

Págs.

I

INCONGRUENCIA

- Nº 100 -

En juicio ordinario sobre dominio a favor de una sucesión y sobre resolución del contrato de venta entre el causante de la sucesión y un tercero, por falta de pago del precio dentro del término señalado por el vendedor testador en su testamento, se alegaba la segunda causal de casación porque no se había proferido la sentencia, en concepto del recurrente, en consonancia con las pretenciones oportunamente deducidas por las partes, pues se decía que el Tribunal no había resuelto expresamente sobre la excepción de pago oportunamente invocada por el demandado, sino que al declarar la de petición antes de tiempo implícitamente había resuelto acerca de la nulidad del pago efectuado por la parte demandada.

"Contesta la Sala que el Tribunal declaró de oficio la excepción de petición antes de tiempo, 'de acuerdo con un conocido precepto de legislación procesal', que no es otro que el contenido en el artículo 51 de la Ley 105 de 1890 y ahora el artículo 343 del Código Judicial vigente. Si un Tribunal al dictar una sentencia, declara de oficio una excepción perentoria, no se puede alegar en casación la causal segunda por incongruencia de lo fallado con lo pretendido por las partes, porque si eso fuera factible, quedaría prácticamente sin aplicación el precepto de los citados artículos 51 y 343. Lo que entonces procede es alegar y demostrar por primera causal que el sentenciador sufrió error manifiesto de hecho o un error de derecho, que lo condujo a la declaración oficiosa sin ser el caso. Por tanto, se desestima esta causal". (Casación, XL, Nº 1888, uarzo 14 de 1934). 303,2º

INCONGRUENCIA

- Nº 101 -

Véanse bajo el mote "Causal de Casación" las doctrinas referentes a la segunda causal.

INDICIOS

- Nº 102 -

En juicio sobre nulidad por simulación de un contrato de compraventa examina la Corte los indicios que le sirvieron al Tribunal para la declaración de nulidad demandada, y agrega:

"El recurrente no ataca el conjunto de esos elementos probatorios, sino cada elemento por separado, y así no hay prueba de indicios que pueda aducirse que resista el análisis. Lo que el recurrente ha he-

Págs.

cho no le está permitido en casación" (1). (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 30 de 1932). 559, 1ª

INDICIOS

- Nº 103 -

En un juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y sobre otros puntos se acusaba la sentencia, entre otros motivos, por la errónea apreciación de los indicios, según concepto del recurrente.

"Es preciso tener presente que una de las acciones ejercitadas versa sobre la nulidad del contrato por simulación y que la prueba de ésta consiste generalmente en indicios, para cuya apreciación es soberano el juez. El Tribunal, en la sentencia impugnada, va examinando los indicios alegados con la mira de establecer la simulación y halla que ellos no son concluyentes. En ese examen estriba cabalmente la apreciación del indicio; la cual, como operación subjetiva, escapa a la casación, con arreglo a una sostenida jurisprudencia de la Corte" (2). (Casación, XL, Nº 1887, junio 15 de 1932). 150, 2ª

INEXEQUIBILIDAD

- Nº 104 -

No son inexequibles, en el concepto en que fueron acusadas, las disposiciones del artículo 1º de la ley 1ª de 1932 y del artículo 4º del decreto Nº 1471 del mismo año, sobre pensiones de empleados u obreros de empresas ferroviarias (3). (Sentencia de la Corte Plena, XL, Nº 1886, noviembre 7 de 1933) ..... 19, 1ª y 2ª, y 20, 1ª y 2ª

INEXEQUIBILIDAD

- Nº 105 -

Acusados como inexequibles los artículos 3º y 4º de la ley 7ª de 1932, fue declarado tal únicamente el inciso segundo de aquel artículo.

"... Como sucede que el inciso 2º del artículo 3º de la ley 7ª de 1932 sólo admite el sufragio en favor de candidatos previamente inscritos por treinta ciudadanos, resulta incuestionable que dicho artículo sólo reconoce a grupos no menores de treinta el derecho de elegir o escoger candidatos, lo que pugna con lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que consagran el principio fundamental de que el sufragio es un acto que tienen derecho de ejercer individualmente todos los ciudadanos... Por otra parte, exigir que por lo menos sean treinta quienes inscriban la lista por la cual haya de votarse, equivale a anticipar el concepto de que nadie puede ser elegido con menos de treinta votos, o lo que es lo mismo, que el cuociente electoral mínimo no debe bajar de tal guarismo, y esto equivale a fijar, antes de hacer el cómputo de sufragios, el cuociente requerido por un candidato para triunfar, cuando de acuerdo con el texto de la ley ese cuociente es el resultado de operaciones aritméticas, que se practican teniendo en cuenta el número de personas que han de elegirse y el número de votos ya emitidos. Esto es, el cuociente se fija después de verificada la votación, y no antes. La acusación es, pues, procedente en cuanto a la exigencia de que determinado número de ciudadanos solicite la inscripción de las listas de candidatos por que haya de sufragarse, exigencia consignada en el inciso 2º del artículo 3º de la citada ley 7ª de 1932". (Sentencia, Corte Plena, XL, Nº 1888, marzo 7 de 1934) ..... 252, 2ª y 253, 1ª

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- Nº 106 -

"En tratándose de la causal quinta, es requisito indispensable para que ella pueda existir, que la cuestión relativa a la injusticia notoria del veredicto haya sido debatida previamente en las instancias del juicio" (1). (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 10 de 1932) 641, 2ª

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- Nº 107 -

Para que la cuestión referente a la injusticia notoria del veredicto sea alegable en casación es preciso que haya sido debatida previamente en las instancias del juicio. (Casación, XL, Nº 1888, febrero 20 de 1934) 331, 1ª

INSPECCION OCULAR

- Nº 108 -

En un juicio sobre entrega material de los bienes raíces vendidos pidió la parte actora se practicase una inspección ocu-

(1) Concordancias: Nos. 2001, 2002 a 2012, tomo 3º, **Jurisprudencia de la Corte.**

(2) Concordancias: Nos. 1928 y 1929, tomo 1º, **Jurisprudencia de la Corte**, tomo 2º, 2001, 2002, 2010, 2011, 2013, tomo 3º Ha sido constante sobre este punto la jurisprudencia de la Corte.

(3) V. Ley y Decreto acusados.

(1) Artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Págs.

lar, la que se verificó valiéndose el juez inspector de peritos cuyo dictamen no se puso en conocimiento de las partes. Se alegó en casación error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular.

"El acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez; pero esto ha de entenderse únicamente en el caso de que las conclusiones o constancias consignadas en ese documento, sean el resultado de las apreciaciones personales y directas del Juez por las exterioridades de la cosa inspeccionada, pues si para la apreciación de esos hechos y circunstancias son necesarios o convenientes conocimientos especiales, la eficacia de esa prueba está subordinada a la de dictamen de perito cuya intervención es indispensable. La parte demandante que fue la que pidió la prueba de la inspección ocular, consideró que para la eficacia de ésta era necesaria la intervención de peritos; así lo pidió y así lo practicó. Ahora, como ya se deja insinuado, en todo aquello en que el objeto de la prueba requiera estudios y demostraciones científicas, y por ende la intervención de peritos, el ditamen de éstos, aunque haga parte de la inspección ocular, siempre ha de ponerse en conocimiento de las partes, quienes pueden pedir su aplicación, o tacharlo de error, dolo o ignorancia. Así lo ha decidido la Corte en varias ocasiones. Por consiguiente, la fuerza probatoria de esa prueba, en cuanto las aclaraciones del juez hubieran de fundarse en las operaciones y conceptos jurídicos de los peritos, quedó sujeta a las reglas dadas para la apreciación del dictamen pericial; pero, como lo observa el mismo Tribunal sentenciador, el dictamen pericial 'no fue puesto en conocimiento de las partes, y, por lo mismo, es un elemento probatorio que quedó sin perfeccionar', esa prueba carece de mérito probatorio. Así, pues, como las constancias dejadas en el acta de inspección ocular, fundadas en las operaciones matemáticas y en las apreciaciones científicas de los peritos y no 'en la mera observación del mismo Juez', constituyen el fundamento principal que tuvo el Tribunal para conceptuar que los linderos de 'Campoalegre' no se hallaban en el hecho conformes con los que se relataron en la escritura', resulta fundado el cargo de que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de esa prueba. La sentencia es casable por ese motivo". (Casación, XL, Nº 1888, abril 12 de 1934) 317, 1ª y 2ª

INTERPRETACION DEL CONTRATO O DEL TESTAMENTO

- Nº 109 -

"Es una cuestión de hecho la de interpretar la intención de las partes en un contrato o la del otorgante de un testamento. Para ello tiene potestad el fallador de instancia y la Corte no puede variar la apreciación sino en el caso de un error evidente" (1). (Casación, XL, Nº 1888, marzo 14 de 1934) 302, 1ª

Págs

INTERPRETACION DEL TESTAMENTO

- Nº 110 -

"La interpretación de una cláusula testamentaria deducida de determinados indicios y de otros elementos del proceso, es cuestión exclusiva del criterio y conciencia del juzgador, que la Corte en casación no puede variar sin que aparezca un error evidente en contrario" (2). (Casación, XL, Nº 1887, junio 13 de 1932).. 143, 2ª

IRRESPONSABILIDAD POR LAS OPINIONES QUE EMITAN EN EL CURSO DE LOS DEBATES LOS SENADORES, REPRESENTANTES Y DIPUTADOS

- Nº 111 -

En el debate sobre formación de ternas para Magistrados de un Tribunal un diputado lanzó cargos graves contra el honor de uno de los aspirantes a figurar en ellas, el cual acusó al diputado por calumnia e injuria públicas. Al revocar la Sala de Casación en lo criminal de la Corte el auto de enjuiciamiento proferido por el Tribunal a quo contra el diputado acusado, dijo:

"Tanto los Senadores y Representantes como los Diputados, para quienes existe el mismo principio consignado en el artículo 106 de la Constitución y 93 del Código Político y Municipal, respectivamente, pueden abusar de la libertad que tienen para emitir sus opiniones en el curso de los debates, lastimando e injuriando el honor y la dignidad de las personas, en la forma más injusta y desprovista de fundamento, como ha sucedido en el presente caso con el doctor Bedoya Cajiao, pues el señor López no ha presentado la menor comprobación en apoyo de los conceptos que lanzó contra aquél. Mas, con todo, esa libertad, sin responsabilidad legal alguna, es necesaria, porque de lo contrario, los miembros de esas corporaciones legislativas podrían sufrir menoscabo en la independencia de que deben gozar al tomar parte en discusiones cuyo éxito, en bien de la comunidad, depende del libre examen. La irresponsabilidad que consagra el artículo 106 de la Constitución y el artículo 93 del Código Político y Muni-

(1) Concordancias: Nos. 2035, 2038, 2042, 2044, 2046, 2047, 2048, 3049 y 2050 del Tomo I, Jurisprudencia de la Corte, y Nos. 1927 y 1300, Tomo 2º

(2) Concordancias: Nº 2050, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

cipal, no puede dársele la interpretación restrictiva que le ha dado el Tribunal; los términos de esas disposiciones son muy amplios para que pueda admitirse esa conclusión; se refieren ellas a que los Senadores y Representantes y los Diputados, en su caso, no son 'responsables por las opiniones que emitan en el curso de los debates', y opinión, según el Diccionario de la Lengua, significa aun 'el modo de pensar que alguna persona tiene en un asunto cualquiera'. De suerte que la limitación que pretende establecerse, fuéra de ser imposible y arbitraria, no tiene apoyo ni en la Constitución ni en la ley. Por otra parte, si se aceptara la tesis del Tribunal, las disposiciones mencionadas no tendrían objeto, pues cualquiera puede emitir opiniones sin responsabilidad alguna cuando con ello no perjudica o daña a los demás desde el punto de vista civil o criminal". (Auto, XL, Nº 1889, mayo 18 de 1932) ..... 486, 1ª y 2ª

L

LAZARETOS

- Nº 112 -

Excepción de prescripción del derecho a cobrar el impuesto.

"Se dice que por virtud de lo dispuesto en el artículo 3º de la ley 113 de 1890, la obligación de pagar el impuesto de Lazareto se hacía exigible un año después de la muerte del causante, y que ese año se cumplió el catorce de diciembre de mil ochocientos noventa y cinco. Y que como el Recaudador del impuesto en el Líbano dejó transcurrir más de treinta años sin recaudarlo, está extinguida la acción para hacerlo efectivo hoy. Es cierto que el señor Rafael Barrera o Sáenz falleció el catorce de diciembre de mil ochocientos noventa y cuatro, y que sólo el veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta y uno se promovió la demanda efectiva sobre cobro del impuesto de lazareto respectivo, demanda que fue notificada el tres de diciembre de dicho año al heredero. Pero estima la Corte que si bien la obligación de pagar el impuesto de lazareto nace al morir una persona y surge por el propio hecho el derecho de recibirlo por parte de la Nación, ésta no podía cobrarle ejecutivamente sino después que hubiera sido aprobada por el Juez la liquidación del referido impuesto, como enseñaba el ordinal 6º del artículo 15 de la ley 170 de 1896. Y si esto era así —como lo es hoy, en virtud de lo estatuído en el artículo 946 del Código Judicial— no hay cómo sostener que la prescripción de la acción se ha cumplido en este caso, porque el impuesto liquidado a cargo de la sucesión de Barrera o Sáenz, no fue aprobado sino en mil novecientos veintinueve". (Auto, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1888, febrero 6 de 1934) 439, 1ª

Págs.

LEGITIMACION

113

En un juicio sobre petición de herencia en que la actora pretendía ser legitimaria y haber sido reconocida como hija legítima por el subsiguiente matrimonio de sus padres, se alegaba, en el recurso de casación, que el Tribunal había violado los artículos 39, 252, 253 y 377 del Código Civil de Cundinamarca y otras disposiciones de ese código al desconocer la nota marginal de la legitimación puesta por el párroco en la partida de nacimiento de la actora.

"Se considera:—El concepto del Tribunal a que el cargo anterior se refiere, es el emitido por el Juez en estos términos: 'Si para que produzca efectos la legitimación de un hijo por subsiguiente matrimonio, han de reconocerle necesariamente sus padres antes del matrimonio, o sea en el acto de celebrarse, como lo dice el artículo 253 transcrito, es claro que el carácter de hija legítima atribuído a María Elena Ruiz de Buitrago, sólo puede resultar del reconocimiento que sus padres le hubieran hecho en el acto del matrimonio o antes de éste, y como en ninguna parte de los autos aparece que don Faustino Ruiz Turco hubiera reconocido como hija natural a María Elena antes del matrimonio, ni de la partida de matrimonio aparece que le hubieran concedido el beneficio de la legitimación, síguese que no quedó legitimada'. Se dirá que ese reconocimiento resulta de la nota marginal puesta en la partida de nacimiento de la señora María Elena y del testamento de don Faustino, pero a esto se observa que no es la nota marginal la que da a los hijos el carácter de legitimados, sino el reconocimiento de los contrayentes: la nota no es más que una referencia al reconocimiento, pero no el reconocimiento mismo; por eso dice la ley que la omisión de esa nota no puede oponerse al que alega el carácter de legitimado; otra cosa sucedería si la nota no tuviera el carácter secundario de referencia, sino principal y constitutivo del reconocimiento.

En cuanto al testamento, basta observar que, aunque en él se encontrara un verdadero reconocimiento del carácter de hija respecto de María Elena, es lo cierto que, según se vio, el artículo 253 dice que el reconocimiento ha de ser necesariamente antes del matrimonio, o en el acto de declararlo; luego el testamento fue ineficaz para producir la legitimación, puesto que se otorgó seis años después del matrimonio.

Como se ve, el Tribunal no ha dicho como fundamento de su fallo, que para que la legitimación de María Elena de Buitrago se produjera, hubiera sido preciso que constara su reconocimiento en el acta del matrimonio de Faustino Ruiz Turco y Julia Forero, sino que debía constar que ese reconocimiento se hizo antes o en el acta de dicho matrimonio, como lo ordenaba el artículo 253 del Código de Cundinamarca, aplicable al caso. De modo que por ese concepto no pudo haber por parte del Tribunal violación de dicha dis-

Págs.

posición por error evidente en su apreciación.

Pero como dice el autor del recurso que la prueba del reconocimiento y de la legitimación debe buscarse, según doctrina de la Corte, en el Derecho Canónico, que es la ley de origen, por tratarse en este caso de un matrimonio católico, hay que concluír que el reconocimiento de María Elena de Buitrago se hizo en el acto del matrimonio de Faustino Ruiz Turco y Julia Forero, porque en la partida de nacimiento de María Elena aparece la nota marginal de que fue legitimada por dicho matrimonio, nota puesta por el párroco, en cumplimiento del artículo 399 del Código de Cundinamarca, e indicativa de dicho reconocimiento, sin necesidad de más prueba y nota que no puede desconocerse sin violar, por error evidente en la apreciación de ella, tanto aquella disposición como el artículo 79 de la ley 153 de 1887, según el cual los matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo surten efectos civiles con las pruebas de origen eclesiástico, uno de los cuales efectos es el de la legitimación; el artículo 434 del mismo Código, que reconoció como pruebas principales del estado civil respecto del nacimiento, matrimonios y defunciones de personas que pertenecen a una unión religiosa, las certificaciones de los ministros que llevan dichos libros, y los artículos 39, 252, 253 y 377 de tal obra, y al no reconocerlo así el Tribunal, violó tales disposiciones.

Se considera:

El Tribunal dijo:

'No puede desconocerse que el matrimonio católico, según los cánones legitima a los hijos nacidos antes de él por los contrayentes, en las condiciones expresadas (es decir, siendo libres aquéllos y respecto del matrimonio celebrado en cualquier tiempo), si ha de atenerse a la doctrina tradicional comprendida en el canon 1116 del Codex Juris Canonici, que dice:

'Per subsequens parentum matrimonium sive verum, sive noviter contractum, sive convalitatum, etiam non consummatum, legitima efficitur proles, dummodo parentes habiles extiterint ad matrimonium inter se contrahendum tempore conceptionis, vel prae nationis, vel nativitatis'.

'Pero no es menos cierto —continúa el Tribunal— que esa legitimación sólo se produce para los efectos canónicos, según lo expresa la obra citada, al decir en el canon 1117: 'Filii legitimati per subsequens matrimonium, ad effectus canonicos quod attinet, in omnibus equiparantur legitimis nisi aliud expresse cantum fuerit'. No desconoce, pues, el Tribunal, que en Derecho Canónico el matrimonio católico legitima a los hijos habidos antes de él por los contrayentes, pero únicamente para los efectos canónicos, no para los civiles. Esta es la doctrina de la Corte, como se ve entre otros fallos, en el publicado en el número 1604 de la GACETA JUDICIAL, del cual son los siguientes apartes:

. . . . . .

Págs.

'La legitimación voluntaria de los hijos por subsiguiente matrimonio de los padres, aunque es hoy uno de los efectos del matrimonio, tanto en lo civil como en lo eclesiástico, no tiene como causa eficiente y necesaria el matrimonio, aunque éste es uno de sus elementos, sino que es institución creada por el legislador civil, quien puede, por lo mismo, reglamentarla, y aún abolirla para efectos civiles, sin que ello afecte la institución del matrimonio'.

Adoptada también esta clase de legitimación por el derecho eclesiástico, se ha limitado éste a dárles efectos puramente canónicos, de suerte que sus disposiciones, así como las de las autoridades eclesiásticas, se circunscriben a estos fines.

Los asuntos relativos a la legitimación son, pues, de fuero mixto, y en tal caso ni la ley canónica ni la ley civil consienten una aplicación promiscua e indistinta dentro de una misma jurisdicción, sino que la requieren separada, peculiar y determinada, rationae materiae, según se trate de fines temporales o religiosos.

Si bien, pues, el matrimonio subsiguiente legitima a los hijos habidos por los contrayentes, tanto en Derecho Civil como en Derecho Canónico, para efectos civiles que regula la ley civil, es preciso que fuéra del matrimonio se hayan llenado los requisitos que ésta última ley exige, o sea que los contrayentes hayan reconocido a los hijos a quienes quieren legitimar, antes, o en el acto del matrimonio. Por consiguiente, como el reconocimiento en esta forma lo exigían los artículos 253 y 259 del Código de Cundinamarca, no puede reconocerse la legitimación de María Elena de Buitrago por el matrimonio de Faustino Ruiz Turco y Julia Forero, porque no aparece que antes de ese matrimonio o en el acto de su celebración la hubieran reconocido, ni que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho evidente y de derecho al no tener en cuenta la nota marginal que aparece en la partida o acta de nacimiento de María Elena, en cumplimiento del artículo 399 del Código de Cundinamarca. Al decir esta última disposición que luégo que se celebre un matrimonio de personas que antes o al tiempo de casarse hubieren reconocido un hijo, se pondrá nota marginal de la legitimación de éste, en el acta o partida de su nacimiento, pero que no podrá oponerse a su calidad de legitimado la falta de dicho requisito, está indicando, como lo dice el Tribunal, que esa nota marginal no es la prueba principal del reconocimiento, sino de referencia, al que se haya hecho en la forma establecida en los artículos 253 y 259 del Código Civil de Cundinamarca, es decir, por instrumento público, y que no basta, como lo sostiene el recurrente, que aparezca la constancia de la legitimación en la partida de nacimiento de la persona que se quiso legitimar. Ahora, no aparece que por el instrumento público otorgado al tiempo del matrimonio de los cónyuges Ruiz Turco y Forero o antes de dicho matrimonio los expresados cónyuges hubieran hecho el reconocimiento de María Elena Ruiz de Buitrago como hija natural de aquéllos, y que quedara por ese solo hecho legitimada; pues

Págs.

si tal reconocimiento se hubiera verificado, constaría en el instrumento público que exigía la ley cuando se celebró el matrimonio de que se trata, o sea el artículo 343 del Código Civil de Cundinamarca, para el reconocimiento de hijo natural. Si dicho Código de Cundinamarca dijera que por el solo hecho del matrimonio se producía la legitimación de los hijos, concebidos y nacidos antes del matrimonio, sería inobjetable la tesis del recurrente. Pero conforme a dicho Código, no basta que los cónyuges hubieran hecho la designación de los hijos que querían legitimar al tiempo del matrimonio, sino se dejaba esta constancia por instrumento público.

Faustino Ruiz Turco reconoció a su hija María Elena como hija natural, en el testamento otorgado en el año de mil ochocientos setenta y cuatro, pero esto ocurrió seis años después del tiempo que fijaba el artículo 253 del Código Civil de Cundinamarca, para hacer el reconocimiento, so pena de nulidad, y por lo mismo no puede tenerse en cuenta dicho reconocimiento para los efectos de la legitimación de María Elena Ruiz. Por eso no puede tampoco reconocerse que el Tribunal hubiera incurrido en un error evidente de hecho y de derecho en la apreciación de la nota marginal que aparece en la partida de nacimiento de dicha señora, y por esos errores hubiera violado el artículo 399 del Código Civil de Cundinamarca, y demás que cita el recurrente, al no tener por reconocida y consecuentemente legitimada a la expresada señora. Por último hace presente la Corte que en el fallo de ésta, a que el recurrente se refiere, que es el de veintitrés de junio de mil novecientos veinticinco (GACETA JUDICIAL número 1627), se trataba de caso en que aparecía del acta de matrimonio que los cónyuges habían hecho la consignación de los hijos que trataron de legitimar, y la Corte, contra la opinión del Tribunal, admitió con razón esa constancia como prueba del reconocimiento y consiguiente legitimación, aun sin la firma de los contrayentes, en el acta de matrimonio, fundada en lo que establece el artículo 239 del Código Civil vigente, y ahora cuando se verificó el matrimonio a que dicho fallo se refiere.

El cargo es, pues, infundado en todos sus aspectos". (Casación, XL, Nº 1889, agosto 31 de 1932)..... 471, 1ª y 2ª, y 472, 1ª y 2ª

LEGITIMACION

114

José María Bohórquez y Margarita Bonett contrajeron matrimonio y durante ese estado tuvieron dos hijos, los cuales murieron; antes del matrimonio habían procreado una hija, a la cual, previa solicitud del cura párroco correspondiente, declaró legitimada el señor Arzobispo de Medellín. Bohórquez otorgó testamento en que instituyó como herederos a sus padres legítimos por declarar que no tenía herederos forzosos, y entonces la viuda, Margarita Bonett, demandó a aquellos para que se declarase que su hija Nelly Bonett era la llamada a suceder en los bienes del de cujus. El Juez negó las peticiones de la demanda y el Tribunal revocó la sentencia reformando el testamento del causante Bohórquez en el sentido de instituír por herederos a Nelly Bohórquez en lo que le correspondiera como legítima rigorosa y cuarta de mejoras, sin perjuicio de la porción conyugal que correspondiera a la actora, y en la cuarta de libre disposición a los padres del testador. Recurrieron en casación los demandados, acusando la sentencia por violación de los artículos 236 y 239 del Código Civil y por errónea interpretación del artículo 16 de la ley 153 de 1887.

"Los conceptos del Tribunal que motivan esas acusaciones pueden considerarse resumidos en los siguientes pasos de la sentencia recurrida:—'Pero si el Código Civil, expedido en 1873, no se refiere en sus artículos 236 y siguientes a legitimación de hijos de matrimonios católicos, porque según el artículo 115 del mismo, sólo producirá el matrimonio efectos civiles y políticos cuando se celebre ante el juez municipal; el Código Civil fue reformado en gran parte en el artículo 12 de la ley 57 de 1887, que reza:—Son válidos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico. Luego desde 1887, el matrimonio católico es determinante de estado civil, y, por tanto, es modo de legitimación de los hijos. Según el artículo 17 del Concordato, sólo producirá efectos civiles el matrimonio de los que profesen la religión católica, cuando se celebre conforme a las disposiciones del Concilio de Trento. Y como el matrimonio católico se rige por las leyes de la Iglesia, son inseparables los efectos civiles y políticos del matrimonio, de las leyes canónicas que regulan las cosas que se relacionan inmediata y directamente con las causas matrimoniales. Son también determinantes del estado civil, debiéndose regir por los sagrados cánones, las partidas eclesiásticas de matrimonios, nacimientos y defunciones, a las cuales asignó el artículo 22 de la ley 57 de 1887 carácter de pruebas principales del estado civil... Ahora bien: si el matrimonio católico, según otras leyes, produce efectos civiles, dejaría de producirlos si pudiesen llegar al caso de que fuesen legítimos los hijos de un matrimonio católico ante el Código Canónico e ilegítimos ante el Código Civil. Si tan extraña anomalía se admitiese, quedaría desquiciado el principio constitucional de que es la religión católica ELEMENTO ESENCIAL DEL ORDEN SOCIAL, porque resultaría trastornado en la familia'. "Para resolver, se considera:—Lo dispuesto en las leyes 57 y 157 de 1887 de que los matrimonios que se celebren conforme al rito católico son válidos, 'se reputan legítimos y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio; no autoriza el concepto de que ese matrimonio produce la legitimidad de los hijos en todos los casos admitidos por el derecho eclesiástico, aun-

Págs.

que no estén reconocidos por la ley civil de la República; pues lo que allí se establece es únicamente que el matrimonio católico surte los mismos efectos civiles y políticos que el Código Civil le señala al que se celebre conforme a sus propias disposiciones, como el de legitimar ipso jure a los hijos que respecto de ambos cónyuges tengan la calidad legal de hijos naturales. En casación de treinta y uno de julio de mil novecientos veinticuatro la Corte hizo notar que: 'La Conferencia Episcopal tiene resuelto que en las actas del matrimonio eclesiástico se llene el requisito ordenado por el artículo 239 del Código Civil; lo que prueba que la autoridad eclesiástica, al interpretar la Constitución (artículo 53) y el Concordato (artículos 2 y 3 de la ley 35 de 1888), no ha pretendido que la ley canónica sobre matrimonio haya de anteponerse a la civil cuando se trata de decidir acerca de los efectos de este contrato y sacramento, que corresponden al orden temporal y al dominio del derecho civil'. 'El acta del matrimonio en que los padres deben designar los hijos que legitiman, a que alude el artículo 239 del Código Civil, es toda acta de matrimonio válido que se celebre, y que conforme a la ley debiere producir efectos civiles'. (Casación, 23 de julio de 1925, 281, 1ª). 'Si en una partida eclesiástica de matrimonio, el párroco, por olvido u otra causa, omitió, al hacer la inscripción, dejar constancia de ella en la designación que hicieran los contrayentes de los hijos que legitimaban (artículo 239 del Código Civil), no basta para que la legitimación se produzca, que en vista de la prueba testimonial sumaria presentada ante la autoridad eclesiástica, se haya hecho por orden del prelado la enmienda con nota marginal de la partida, y de ello dé fe el párroco; pues la ley civil exige una tramitación ante el Juez con audiencia de los interesados para subsanar el error u omisión (artículo 407 del Código Civil), formalidad que es preciso observar aquí, por ser la legitimación voluntaria una institución de derecho civil'. (Casación, 31 de julio de 1924, XXXI, 96, 3ª). Como se ve, la jurisprudencia ya sentada por esta Superioridad, justifica los cargos formulados por el recurrente, y como los conceptos del Tribunal a que ellos se refieren constituyen el verdadero fundamento del fallo recurrido, es el caso de proceder a infirmarlo..." (Casación, XL, Nº 1887, junio 28 de 1932)... 163, 2ª, 164, 1ª y 165, 1ª

LEY ACUSADA

- Nº 115 -

Acusada la ley 42 de 1923, sobre la Contraloría General de la República, a pesar de que anteriormente se había acusado la misma ley y se había declarado exequible por sentencia de fecha 9 de agosto de 1924, declaró nuevamente la Corte la exequibilidad por sentencia de fecha 2 de agosto de 1933. (Sentencia, XL, Nº 1889, dos de agosto de 1933)..... Págs. 399, 1ª y 2ª, 400, 1ª y 2ª, 401, 1ª y 2ª, 402, 1ª y 2ª, 403, 1ª y 2ª, y 404, 1ª y 2ª 2ª,, 400, 1ª

LEY ACUSADA

116

Fueron acusados como inexequibles los artículos 3º y 4º de la ley 7ª de 1932. La Corte declaró inexequible el inciso 2º únicamente del artículo 3º de esa ley y exequibles los demás. Véase en el punto titulado Inexequibilidad los fundamentos del fallo en lo referente a la declaración de inexequibilidad del inciso 2º citado. En lo demás dijo la Corte:

"Pero en cuanto a los otros requisitos que en las demás partes del citado artículo 3º señalan, no puede decirse lo mismo. En efecto: el requisito de inscribir las listas en un término no menor de cinco días antes de la fecha de la elección, exigido en el inciso 1º del supradicho artículo 3º, es una formalidad que todo elector puede cumplir por sí solo, sin subordinarse a la voluntad de terceros, y que, por tanto, no menoscaba el derecho, sino que reglamenta su ejercicio, y eso no es contrario a los preceptos constitucionales que se dicen violados. En cuanto a que las listas inscritas no contengan un número mayor de candidatos que los que deban elegirse en la respectiva circunscripción, como previene el inciso 3º del referido artículo 3º, es apenas una exigencia conforme con los cánones constitucionales, que establecen la proporción entre el número de habitantes y los miembros de las corporaciones de origen popular, cuando se trata de la elección de éstas; que cuando se trata de elegir Presidente de la República, es sabido que cada inscripción no puede referirse a más de un candidato. Por lo que se refiere a la aceptación de los candidatos, indicada en el inciso 4º del propio artículo, es una formalidad que no menoscaba el sufragio, sino que, por lo contrario, tiende a que resulte eficaz; puesto que así sabrá el elector si el elegido desempeñará el cargo de que quede investido. Y eso no viola los preceptos constitucionales citados en la demanda. En cuanto a la obligación que se le impone al Alcalde de inscribir las listas de candidatos y expedir certificación sobre el cumplimiento de tal formalidad, como previene el inciso final del artículo ya dicho, es tan sólo un mandato imperativo para garantizar el derecho de los electores, y mal puede considerarse eso violatorio de los artículos 179 de la Constitución Nacional, y 43 y 44 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que consagran tal derecho. Por último, en relación con la inconstitucionalidad del artículo 4º de la ley 7ª citada, cabe observar que, puesto que no es

Págs.

ilícito inscribir las listas en la forma aceptada por la Corte, señalar término para ello y exigir la aceptación de los candidatos, no podrá concluírse que se violen los artículos constitucionales citados en otro lugar, con el 4º de la mencionada ley 7ª, porque éste no hace otra cosa que establecer una sanción en caso de que no se cumplan aquellas formalidades. Y tal sanción podrá ser todo lo que se quiera, menos contraria a la Constitución, en el concepto en que lo indica la demanda". (Corte Plena, XL, Nº 1888, marzo 7 de 1934). 253, 1ª y 2ª

LEY ACUSADA

117

Por varios aspectos fue acusada la ley 31 de 1931, que creó una nueva Sección de Provisiones, especialmente como violatoria del ordinal 16 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

"Se considera:—De la amplia atribución señalada en el artículo 1º de la ley 31 de 1931, se deduce claramente que el Jefe de la Sección de Provisiones podrá contratar la adquisición de toda clase de elementos sin sujeción a ninguna de las restricciones que contiene el Código. El Código Fiscal es una ley, reformable o derogable por el mismo Cuerpo soberano que la expidió; y si es por ley, y no por canon constitucional, por lo que se ha venido exigiendo licitaciones y otras formalidades, que pueden ser y son en realidad utilísimas en pro de la economía y el acierto en el manejo de los fondos públicos, ello implica cuando más que puede ser inconveniente para esos laudables fines la autorización para prescindir de esos requisitos, mas no puede tacharse en manera alguna de inconstitucional... Otro motivo que alega el actor para pedir la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo 1º de la ley 31 de 1931, es el de haber señalado, como único requisito para la adquisición de los elementos destinados al servicio oficial, la aprobación del Contralor General de la República. Apoya su solicitud en el hecho de haber declarado la Corte inexequible el artículo 32 de la ley 109 de 1923, que decía: '... En sentencia de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos treinta, declaró la Corte inexequibles, a más del 32, los artículos 1º, 7º y 31 de la ley 109 de 1923, 'por la cual se crea el Departamento de Provisiones'. Respecto al mencionado 32, dijo ...'La disposición últimamente citada atribuye al Presidente de la República, como se ha visto, 'celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, CON ARREGLO A LAS LEYES FISCALES y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias'. La Corte, en la sentencia mencionada, agrega al respecto: 'Si, como se ha visto, la facultad de celebrar contratos administrativos con sujeción a las leyes fiscales, corresponde al Presidente de la República, la responsabilidad que el ejercicio de esa atribución le atraiga es exclusivamente suya y de sus Ministros, y en manera alguna queda modificada por la participación del Contralor con su firma, participación que sería admisible si el Departamento de Provisiones subsistiera, y participación que, en tratándose de la celebración de los contratos por el Ejecutivo, es superabundante, porque el artículo 54 de la ley 42 de 1923 señala de modo general la intervención que a este funcionario corresponde en los contratos administrativos que el Gobierno celebre, los que no podrán llevarse a cabo, salvo la excepción allí establecida, sin que el Contralor General certifique que se han apropiado fondos para ese fin, y que la cantidad necesaria para cumplir el contrato está disponible'. Fundada en estas consideraciones, declaró la Corte inexequibles, entre otros, el artículo 32 de la ley 109 de 1923, que exigía la firma del Contralor para la validez de los contratos que celebrara el Departamento de Provisiones. Consideró entonces la Corte que la facultad presidencial relativa a los contratos podía quedar vulnerada con el hecho de que un empleado no dependiente suyo se negara a firmar determinado contrato. Pero después, una vez expedido el decreto número 911 (que tiene fuerza de ley), por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial de la Nación, es indudable que la facultad de APROBACION y de consiguiente improbación contenida en el artículo 1º de la ley 31 de 1931, en lo relativo al mencionado punto de los contratos, no se presta a la interpretación que le da el acusador y que le ha servido de base para hacer los reparos a la disposición en referencia; y por lo mismo, están fuéra de lugar los argumentos de la demanda en que se ataca de inconstitucionalidad la intervención del Contralor en los contratos que celebre la Sección de Provisiones". (Sentencia, Corte Plena, XL, Nº 1889, agosto 2 de 1933)..... 405, 2ª, y 406, 1ª y 2ª

LEY Y DECRETO ACUSADOS

118

Como violatorios de los derechos adquiridos que ampara el artículo 31 de la Constitución Nacional fueron acusados el artículo 1º de la ley 1ª de 1932 y el artículo 4º del decreto Nº 1471 del mismo año, en cuanto tales textos "se refieran, dicen los demandantes, a empleados y obreros de empresas ferroviarias particulares que prestaron sus servicios durante el tiempo anterior al de la vigencia de la citada ley 1ª, y a quienes por razón de tales servicios se les concede el derecho de pensiones vitalicias pagaderas por las empresas a que sirvieron".

Dijo la Corte:

"Quéjanse los demandantes de que el artículo primeramente transcrito, o sea el de la ley 1ª de 1932, en cuanto se refiere a servicios prestados con anterioridad a la vigencia de dicha ley, lesiona derechos adquiridos de las empresas particulares de transportes, por cuanto la remuneración correspondiente a esos servi-

Págs.

cios quedó regulada por los contratos celebrados conforme a la legislación entonces vigente, entre los empleados u obreros y las empresas, las cuales al pactar tales estipendios tuvieron en cuenta los cálculos de sus respectivos negocios y sobre dichos cálculos liquidaron y repartieron las utilidades obtenidas en los años o semestres correspondientes; por lo cual, agregan, al establecer la ley la obligación para las empresas, de reconocer y pagar pensiones por razón de tales servicios, se afecta una situación jurídica creada y amparada por la legislación anterior... Se hace necesario, según lo anterior, fijar el sentido que deba dársele a la inflexión verbal 'haya servido' en la parte de la disposición transcrita que dice: 'Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años, que haya servido por espacio de veinte años...' Dicha inflexión verbal puede expresar, como lo anota el señor Procurador, bien el pasado compuesto de subjuntivo, bien el antefuturo de este mismo modo. Esto es, puede significar que los veinte años de servicio hayan transcurrido con anterioridad a la vigencia de la ley 1ª de 1932, o que deban principiar a correr desde tal vigencia. Los términos en que está redactado el inciso final de la disposición que se estudia arrojan mucha luz acerca de la forma en que deba interpretarse la prenotada expresión. Dice así el inciso: 'Las disposiciones de este artículo se hacen extensivas a los empleados y obreros de las condiciones antedichas que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de la presente ley'. Establece este aparte una excepción a favor de los empleados y obreros de las empresas ferroviarias nacionales que se hubieren retirado durante el año anterior a la vigencia de la ley. De consiguiente, los empleados nacionales que no se encuentren en tales condiciones, quedan en el mismo pie que los empleados y obreros particulares. Ahora, como sería absurdo suponer que los empleados nacionales retirados durante el año anterior a la vigencia de la ley disfruten de pensión y no los que se hayan retirado durante dicha vigencia, o sea desde el día siguiente al en que entró a regir la ley, es preciso admitir que los veinte años de servicios requeridos para el goce de la pensión pueden haber transcurrido en parte con anterioridad a la expedición de dicha ley. Según esto, la recta inteligencia de la ley que se analiza implica que el tiempo de trabajo anterior a su vigencia debe tomarse en cuenta para determinar si un empleado u obrero ferroviario tiene o no derecho a la pensión, y en igual sentido debe interpretarse el decreto 1471 de 1932, por cuanto éste no hizo otra cosa que desarrollar el principio de la ley y por cuanto el artículo 4º de dicho decreto declara acumulables para los efectos de la pensión los servicios prestados con anterioridad a la vigencia de la ley 1ª de 1932. Sentado este punto preliminar, podrá decirse, como lo afirman los demandantes, que tanto la ley como el decreto mencionados, en cuanto digan relación a empresas ferroviarias particulares, violan derechos adquiridos de éstas, en razón de que la remuneración de los servicios anteriores a la vigencia de la ley quedó regulada por los contratos que conforme a la legislación entonces vigente celebraron los empleados u obreros y las empresas, no siendo posible exigirles a estas últimas mayores erogaciones por razón de tales servicios? Para absolver esta pregunta es menester examinar previamente si las pensiones de que se trata constituyen en realidad un aumento a los sueldos y salarios devengados y pagados con anterioridad a la vigencia de la ley, o si es otro el concepto en que aquéllas deben tomarse. Sueldo no es otra cosa que el estipendio que se paga a un empleado por su trabajo o servicio. Ese estipendio recibe el nombre especial de salario cuando se trata de obreros, domésticos, o de empleados de inferior categoría. Tanto el sueldo como el salario constituyen el precio del arrendamiento de servicios pactado entre el patrón y el empleado u obrero. Las pensiones no tienen el carácter de sueldos ni de salarios, pues al paso que los dos últimos miran al interés privado, las pensiones son instituciones establecidas por motivos de interés general, que hacen parte de lo que se conoce con el nombre de 'previsión social' y que tienen por finalidad atender a la subsistencia de aquellas personas que por razón de su edad y estado de pobreza no pueden subvenir a sus más apremiantes necesidades, después de haber consumido sus energías y su edad útil en servicio de una empresa o entidad. La sociedad está interesada en que dichas personas no carezcan de lo necesario para su sostenimiento, y por este motivo procura que disfruten de una asignación que las coloque en circunstancias de no perecer de inanición. No pudiendo, pues, por ningún concepto, reputarse las pensiones como un aumento de los sueldos o salarios devengados por los favorecidos con ellas, mal puede estimarse que con el establecimiento de dichas pensiones se vulneran los derechos adquiridos por las empresas ferroviarias en razón de los contratos celebrados por éstas con anterioridad a la vigencia de la ley con los empleados u obreros, sobre fijación de los sueldos o salarios devengables por los últimos. El verdadero concepto de las pensiones de que se trata es el de un gravamen establecido, por motivos de interés social, a cargo de las mencionadas empresas y a favor de los empleados u obreros que reúnan las condiciones señaladas por la ley. Consideradas así las cosas, ninguna oposición media entre los contratos de que se ha hecho mención y las pensiones, y por lo mismo, es insostenible que con el establecimiento de las últimas se desconozcan los derechos emanados de aquellas convenciones, siendo de advertir que este desconocimiento constituye el único concepto en que han sido acusadas las disposiciones que se han venido analizando". (Sentencia de la Corte Plena, XL, Nº 1886, noviembre 7 de 1933) ..... 19, 1ª y 2ª
20, 1ª y 2ª

Págs.

LEYES ACUSADAS

119

Sobre facultades extraordinarias y sobre las de establecer, aumentar, disminuír, reorganizar o refundir los impuestos que el Gobierno considerara indispensables.

Como contrarios a la Constitución fueron acusados el artículo 4º de la ley 99 de 1931 y el 3º de la ley 119 de 1931.

"El primero de los cargos que se dejan enunciados, el de quebrantar las disposiciones acusadas el ordinal 1º del artículo 76 de la Constitución, que señala como función propia del Congreso la interpretación, reforma y derogación de las leyes, se reduce en síntesis a sostener que el legislador no puede, en ejercicio de la atribución que le asigna el ordinal 10 del mencionado artículo 76, investir al Presidente de la República de facultades que envuelvan directa o indirectamente la potestad de introducir reformas en el campo de la legislación positiva. Para contestar este cargo es preciso observar que los ordinales 9º y 10 del artículo 76 de la Constitución consagran dos atribuciones completamente diferentes del Congreso, en relación con el Gobierno y con el Presidente de la República. Conforme al primero de estos ordinales, el Congreso puede 'conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de LA ORBITA 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. En el ordinal 10, que no encuentra antecedentes en ninguno de los estatutos que precedieron al actual quiso el constituyente prever aquellos casos en que sin mediar turbación del orden público, la salud del Estado, o las conveniencias generales aconsejaran investir al Presidente, de facultades que dentro del régimen constitucional ordinario no le corresponden. Por eso denominó esas facultades EXTRAORDINARIAS, y exigió, como garantía de los intereses públicos, que para su otorgamiento se reunieran los tres requisitos que los demandantes apuntan: que se concedan PRO TEMPORE, que sean cisas y que se den tan sólo cuando la neprecisas y que se den tan sólo cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

Entendidas las facultades extraordinarias en el sentido que pretenden los demandantes, o sea en el de que por medio de ellas no le es dado al Congreso autorizar al Presidente para ejercer atribuciones que en el funcionamiento ordinario de los poderes no le competen, estaría de más el referido numeral 10, pues para conferir al Gobierno autorizaciones que en su ejercicio no traspasen la esfera constitucional, basta con el numeral 9.

Es tan grande en esta materia el imperio de las necesidades de orden práctico, que en países como Francia, cuya carta fundamental no registra disposición similar a la del numeral que se analiza, ni otra alguna que autorice la delegación legislativa, las Cámaras, bajo la presión de exigencias atinentes al procomunal, se han visto en la necesidad de conferir al Gobierno autorizaciones que envuelven la facultad de reformar, abrogar o suspender disposiciones legales, y este procedimiento ha venido a quedar sancionado por la costumbre y a ser admitido por publicistas de la talla de Duguit, como puede verse a la página 760, volumen 4, del Traité de Droit Constitutionnel.

Los conceptos allí expuestos por el ilustre Decano de la Universidad de Burdeos, hacen ver que lo que fue objeto de especial previsión del constituyente colombiano, al establecer hace cerca de medio siglo las facultades extraordinarias en tiempo de paz, ha venido a ser implantado en Francia, a falta de disposición constitucional que le sirva de base, por simples razones de hecho, bajo la presión de imperiosas necesidades de administración pública.

En orden al segundo de los cargos enunciados, o sea el de no ser precisas las facultades conferidas al Presidente por el art. 4º de la ley 99 de 1931, la Corte consigna las siguientes consideraciones:

Extensos razonamientos hacen los demandantes para demostrar que el término PRECISAS no tiene en el numeral 10 del art. 76 de la Constitución, la significación de indispensables, necesarias, urgentes, sino la de ser determinadas, específicas, fijas, detalladas, las facultades. El contexto general de la disposición no deja duda alguna de ser esta última la verdadera acepción en que está empleado en el numeral 10 dicho vocablo, y en tal sentido ha sido siempre interpretado por la Corte el referido texto constitucional.

Entendida así la palabra PRECISAS en la disposición que se analiza, hay que admitir que tiene ella una marcada relatividad, y que lo que en un caso puede estimarse preciso, en otro es vago e indeterminado. Sobre este particular dice con mucho acierto el señor Procurador:

'Pero cuando una cosa es concreta, específica, determinada, precisa? El término PRECISO, en este sentido considerado, es eminentemente relativo, y para conocer si se puede aplicar o no con exactitud a un objeto o un acto, es necesario saber con qué se compara este acto u objeto, o sea saber desde qué punto de vista se le considera. Porque muchas veces ocurre, si no siempre, que lo que es concreto, específico, comparado con algo más general, es indeterminado o genérico comparado con lo que es más específico o concreto. Los universales de la lógica nos ofrecen un buen ejemplo, que sirve para demostrar o aclarar lo que acabo de sos-

Págs.

tener. En ellos cada uno es universal, comparado con el género inferior, y es específico comparado con el género superior. Qué cosa más universal, por ejemplo, que la idea de SUSTANCIA, y, sin embargo, comparada con la idea más universal aún de SER, representa algo determinado ya, y en cierto modo especificado. El género viviente, por ejemplo, es universal, indeterminado, hecha comparación con las diversas especies de vivientes, que existen en el mundo, pero comparándolo con las ideas más generales de SUSTANCIA y SER es algo concreto. La última DIFERENCIA, de racional o irracional, representa, desde el punto de vista de las ideas de ser o de sustancia, algo muy concreto, determinado y específico; pero si se le mira desde el punto de vista de cada uno de los individuos de la especie humana, o si se le compara con cada uno de los diversos animales, es algo genérico y universal. A quien quisiera dar la filiación de alguno, diciendo que es un hombre, un animal racional, se le podría, y con mucha razón, responder: no sea usted vago, indeterminado e impreciso; y, sin embargo, comparado con las categorías de animal, viviente, sustancia y ser, el término hombre es algo concreto y preciso.

'Cuándo unas autorizaciones son precisas? Para responder esto es necesario, como he dicho, tener presente el término con el cual han de compararse las autorizaciones. Así, una autorización para establecer un impuesto de timbre o sobre el tabaco, sería indeterminada e imprecisa si se le compara con una autorización para establecer un impuesto con cuantía fija y determinada; pero si se le considera en relación con una autorización para establecer cualquier impuesto, hay que considerarla precisa y determinada. Esta autorización, a su vez, sería imprecisa, comparada con la autorización de establecer un impuesto de cuantía fija, o con la de establecerlo sobre el tabaco o sobre el timbre, pero sería precisa y determinada comparada con una autorización que se diera no sólo para establecer cualquier impuesto, sino para llevar a cabo todas las medidas fiscales tendientes a salvar al país'.

Dada esta relatividad del concepto de precisión, cuál puede ser la norma o el término de comparación a que alude el señor Procurador, para saber si unas autorizaciones reúnen el requisito de ser precisas? Esa norma no puede ser otra que la posibilidad en que haya estado el Congreso, dadas las circunstancias en que se expiden las autorizaciones y las necesidades que con ellas se trata de remediar, de puntualizar más o menos las facultades que otorga al Presidente. El desideratum en la materia es el de que las facultades sean enumeradas y pormenorizadas, hasta una verdadera individualización, como garantía de los derechos ciudadanos, y para evitar la arbitrariedad en que puede incurrir el Ejecutivo al hacer uso de autorizaciones vagas o que no estén suficientemente determinadas.

Mas no siempre se puede obtener ese grado de perfección en la especificación

Págs.

de las facultades. Casos hay en que por lo excepcional de las circunstancias en que se conceden las autorizaciones, por la inminencia y gravedad de los peligros que con ellas se trata de conjurar, y particularmente por la falta de conocimiento anticipado de los remedios que hayan de adoptarse, no es posible exigir al Congreso una pormenorizada relación de las medidas que deba poner en práctica el Ejecutivo para sortear aquellos escollos. Cuando tal acontece, la precisión requerida por el numeral 10 del art. 76 de la Constitución, no puede ser otra que la que sea compatible con las circunstancias en que se dan las autorizaciones y con las necesidades que se trata de remediar.

Una solución distinta equivaldría a exigir al Congreso que traspasara los límites de lo posible en la determinación de las facultades, y semejante extremo no puede servir de criterio para la exégesis de los textos constitucionales, ya que habiendo sido expedidos éstos para asegurar el bienestar general, no se les puede interpretar en forma que sacrifique ese bienestar, cegando las fuentes de salud a que sea preciso recurrir en casos de excepcional gravedad. Exigir una especificación imposible de dar en razón de las circunstancias del momento, sería tanto como atar las manos del legislador y hacerlo impotente ante el mal que se ve venir y que amenaza la colectividad. .....

Conocido así el criterio que ha de servir de norma para calificar la precisión que en cada caso han de tener las facultades extraordinarias, corresponde estudiar las circunstancias que precedieron y acompañaron a la exposición del artículo 4º de la ley 99 de 1931, para conocer asímismo hasta dónde pudo el legislador de aquel año determinar y puntualizar las facultades que confirió al Presidente de la República.

Es de todos sabido que en el cataclismo producido por la crisis mundial, han resultado no solamente ineficaces sino totalmente fallidos los principios que hasta pocos días antes habían sido reputados como fundamentales en la vida económica de los pueblos; los hombres que presiden las finanzas de las grandes naciones han visto hundirse en el fracaso sus más firmes organizaciones, y en la confusión y el caos general, los conductores de los pueblos se pierden en innumerables tanteos, sin encontrar la fórmula restauradora de la salud general.

En presencia de tan anómala situación, una previsión detallada y minuciosa es verdaderamente imposible, porque, como lo dice el señor Procurador, es imposible adivinar lo que va a suceder, y más imposible aún descubrir de antemano su remedio. Esto hace que la única limitación que podía fijarse a las facultades de que se investía al Gobierno, compatible con las circunstancias del momento y con la apremiante necesidad que se trataba de llenar, fue la que precisamente se adoptó, o sea la de señalar la materia sobre que debían recaer las medidas que adoptara el Gobierno en uso de las autorizaciones, y el fin a que tales medidas debían encaminarse".

Págs.

En lo tocante a la acusación de inconstitucionalidad del artículo 3º de la ley 119 de 1931, dijo la Corte: "Sostiene la demanda que por medio de una ley de facultades extraordinarias, la atribución de establecer impuestos no puede pasar en ningún caso a entidades distintas de las que taxativamente enumera el artículo 6º del Acto Legislativo número 3 de 1910... Es preciso reconocer que el principio consagrado en el artículo 6º del Acto Legislativo número 3 de 1910, constituye una garantía de los derechos ciudadanos, a la vez que una de las mayores conquistas del Derecho Constitucional moderno. La potestad de imposición que antiguamente era ejercida discrecionalmente por el monarca, como un derecho anexo a la corona, ha venido a pasar de manera definitiva a los representantes del pueblo, sentándose así el principio de que ningún tributo puede ser establecido sin el consentimiento de aquellos que deben soportarlo, expresado por conducto de sus voceros en los cuerpos legislativos. Mas a este principio, que asume la categoría de postulado en las democracias modernas, que es el que ha inspirado la disposición constitucional que se analiza, será opuesto el que el Congreso, impelido por la fuerza misma de las circunstancias, en presencia de uno de los mayores derrumbamientos que en los últimos siglos haya sufrido el orbe entero en el orden de la economía pública y privada, y guiado por el patriótico anhelo de llevar a las manos del Ejecutivo los medios de acción necesarios para poner un pronto dique al mal que ha amenazado aniquilar al Estado y los elementos de vida del país, haya investido al Jefe del Gobierno, por tiempo determinado y como medida de carácter extraordinario, de la facultad de procurar entradas al Fisco por medio del establecimiento de nuevos impuestos y la reorganización de los existentes? Nó; porque mal puede decirse en el caso contemplado, que los nuevos tributos vengan a crearse sin el querer de los representantes del pueblo en las Cámaras, comoquiera que éstas, al conferir las autorizaciones extraordinarias, hicieron consigna anticipada, en atención a las circunstancias excepcionales del momento, de su asentimiento a los impuestos que el Poder Ejecutivo considerara necesarios para el remedio de los graves males que afligían a la comunidad social, y que trataban de evitar con aquellas autorizaciones. Mayor prestancia adquiere este razonamiento ante la consideración de que cuando el Presidente de la República obra en ejercicio de investidura especial, otorgada por el Congreso de determinadas facultades legislativas, es este mismo cuerpo quien actúa por el intermedio del Presidente, y por ello los decretos que en tales circunstancias dicte el último, tienen fuerza legislativa, y se conocen con el nombre de decretos-leyes. Y si el Presidente, al llevar a la práctica las autorizaciones, lo hace en forma tal que nó merezca la aprobación de los voceros del pueblo en el Parlamento, expedita les queda a éstos en todo momento la facultad de abrogar los decretos legislativos dictados por

Págs.

aquél, o de modificarlos como a bien tengan, viniendo así a prevalecer siempre en materia de tributos la voluntad de los representantes del pueblo en las Cámaras. Guardan las anteriores conclusiones perfecta armonía con sanos principios en materia de hermenéutica, pues no siendo el Estatuto Fundamental en sí mismo un fin, sino un medio para asegurar el bienestar común, no puede interpretársele en forma que sacrifique ese bienestar y coloque al legislador en la imposibilidad de adoptar las medidas a que en su prudente arbitrio considere necesario recurrir en momentos de alarma e inquietud generales, para conjurar los peligros que amenacen a la colectividad. En cuanto a la aseveración que hacen los demandantes, apoyados en algunos conceptos del comentador señor Samper, de no ser posible que el Congreso invista al Presidente de la República, en virtud de la atribución que le confiere el numeral 10 del artículo 76 de la Carta, de facultades que constitucionalmente corresponden al Poder Legislativo, ya este cargo quedó estudiado atrás, al considerar la acusación al artículo 4º de la Ley 99 de 1931. Es de anotar igualmente que no existe similitud entre el caso que aquí se considera y la prohibición constitucional de establecer las penas de muerte y de confiscación. Habiendo sido abolidas estas penas por el constituyente mismo, ninguna de ellas puede ser establecida en forma alguna por ninguno de los poderes públicos, sin quebrantamiento de la Constitución; en tanto que la facultad de imposición no ha sido abolida, sino que se halla circunscrita al Congreso, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Muncipales, y al Gobierno, cuando el Congreso le inviste de facultades extraordinarias, sin que obre en contra el mencionado artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910, porque al establecer un impuesto el Gobierno, en uso de sus facultades extraordinarias, en el fondo procede en reemplazo del Congreso por autorización de éste, lo que hace que el acto sea del Congreso mismo por el intermedio del Gobierno, como ya se declaró. Ninguna coordinación con el caso que se considera encuentra la Corte a la cita que la acusación hace del ordinal 2º del artículo 20, Acto legislativo número 3 de 1910, conforme al cual está entre las atribuciones de la Cámara de Representantes la de iniciar la formación de las leyes que establezcan contribuciones u organicen el Ministerio Público, pues esta disposición sólo tiene aplicación cuando la ley que establece la contribución es expedida por el Cuerpo legislativo; nó, como es obvio, cuando éste faculta extraordinariamente al Presidente de la República para establecerla. Ahora, si con aquella cita se quiere llamar la atención al origen popular que deben tener los impuestos, por ser la Cámara baja la que representa más directamente a la masa de la población, o sea a los contribuyentes, ya se vio que a ese concepto no se opone la autorización que en circunstancias excepcionales y por tiempo limitado otorguen las Cámaras al Poder Ejecutivo. Tampoco es exacto que la Corte haya sentado la doctrina de no

Págs.

ser posible que el Congreso revista extraordinariamente al Presidente de la República de la facultad de establecer impuestos. De las sentencias que citan los demandantes, la única que contempla el caso previsto en el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución, o sea el de la investidura de facultades extraordinarias, es la de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos quince, que corre publicada en los números 1189 y 1190 de la GACETA JUDICIAL. En ese fallo no se contienen los conceptos precisos que los demandantes le atribuyen, tomándolos del extracto de aquel fallo, contenido en la 'Jurisprudencia de la Corte', sino los siguientes: 'Y si al fallar sobre la exequibilidad del artículo 8º de la Ley 18 de 1907, juzgó esta corporación que en él no se contenía una delegación de la facultad privativa del Congreso, determinada en el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, con mayor razón debe hacer hoy extensivo el mismo concepto al artículo 1º de la Ley 126 de 1914, tanto porque los impuestos que han dado lugar a esta actuación tienen su origen en una ley, como porque al dictarla el Congreso no obró, como antes, apoyándose en la novena de las atribuciones detalladas en dicho artículo constitucional, sino haciendo uso de la que le concede el numeral 10, para revestir 'pro tempore' al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen'.(GACETA JUDICIAL, año XXIII, página 340). Al hablar el pasaje transcrito de la facultad privativa del Congreso, determinada en el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, o sea la de establecer las rentas nacionales, lo hace refiriéndose a los conceptos emitidos sobre el particular en la sentencia que falló la acusación al artículo 8º de la Ley 18 de 1907, disposición ésta que no es de facultades extraordinarias, sino de simples autorizaciones ordinarias, de las consagradas en el numeral 9º del artículo 76 de la Constitución, y así lo dice expresamente el pasaje preinserto. De suerte que tales conceptos no tienen aplicación, tratándose, como al presente, de una ley de índole completamente diferente a la 18 de 1907. Lo que se acaba de decir es igualmente aplicable a los demás fallos que se mencionan en la demanda, pues todos ellos dicen relación a leyes de facultades que no revisten el carácter de extraordinarias. .....Lo expuesto conduce a concluír que no es fundado el cargo consignado en la primera de las proposiciones que se analizan. SEGUNDA PROPOSICION. En sustentación de ella alegan los demandantes que la facultad de 'establecer, aumentar, disminuír, reorganizar o refundir los impuestos que el Gobierno considere indispensables', conferida por el artículo 3º de la Ley 119 de 1931, carece de la precisión requerida por el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución. Agregan que la referida facultad es absolutamente vaga, impuntual, indeterminada, por cuanto no se señalan cuáles son los impuestos que el Gobierno puede establecer, ni se da una norma por la cual deba éste guiarse en su establecimiento, en su incidencia y en su cuantía, y que las palabras 'que el Gobierno considere indispensables', expresan todo lo contrario de puntualizar, y determinar, porque equivalen a dejar en libertad al Ejecutivo para obrar como a bien tenga. Renuevan aquí los actores el problema atrás suscitado sobre la inteligencia que haya de dársele a la expresión 'precisas facultades', empleada en el numeral 10 del artículo 76 de la Carta. Mas ya se vio que la Constitución no exige otra precisión en las autorizaciones que la que sea compatible con las circunstancias del momento y con el remedio de las necesidades para cuya satisfacción se otorgan aquéllas. Siguiendo este criterio, cabe preguntar: siendo el Poder Ejecutivo quien debía concebir y realizar el plan fiscal y económico necesario para solucionar la crisis en estos dos órdenes de la economía nacional, a causa de no sentirse el Congreso, por una u otras razones, en condiciones para abordar con éxito dicho problema, era dable exigir a este último que determinara de antemano los impuestos que el Gobierno, en uso de las autorizaciones, podía establecer, y más aún, que fijara normas respecto de su cuantía y otros detalles, como lo insinúan los demandantes? Exigir esto equivaldría a pretender que el Congreso hubiera concebido en su conjunto y en sus pormenores el plan económico y fiscal que debía llevarse a cabo, y precisamente, por no estar el cuerpo legislativo en condiciones para ello, fue por lo que se confirieron las autorizaciones. Luego no era compatible la exigencia de que se trata con el fin que éstas perseguían, y por lo mismo la falta de tal determinación no puede considerarse como motivo de inconstitucionalidad de la disposición legal que otorgó las autorizaciones. Por lo dicho, no encuentra la Corte comprobado el cargo que se contiene en la segunda proposición". (Corte Plena, XL, Nº 1886, septiembre 26 de 1933). (1) ..... 3, 1ª y 2ª,
4, 1ª y 2ª,
5, 1ª y 2ª,
6, 1ª y 2ª,
7, 1ª y 2ª,
8, 1ª

LIQUIDADOR

- Nº 120 -

Dos de los socios de una sociedad mercantil demandaron a dos individuos como liquidadores de esa sociedad para que se declarase la nulidad de unos contratos. En demanda de casación de la sentencia del Tribunal atacaban los actores, especialmente, el siguiente paso de la sentencia como violatorio del artículo 1741 del Código Civil: "La ley sólo reconoce a los actos ejecutados por el liquidador, contra lo que expresa el mandato, los efectos de la nulidad relativa. Al reconocimiento de

(1) Hubo varios salvamentos de voto.

Págs.

ésta se opone, como lo expresa el artículo 2170, la aprobación del mandato".

Dijo la Corte:

"Sin entrar a estudiar si es o nó jurídica la tesis del Tribunal en cuanto a la representación del liquidador en los períodos de la liquidación de una sociedad, como lo hace el sentenciador, observa la Corte que en cualquiera de ellos, y no tratándose de actos o contratos de los liquidadores que vayan en perjuicio de terceros, la voluntad unánime de los socios, como dueños que son del haber social, es la que decide o prevalece. De modo que si los socios unánimemente autorizan que el liquidador compre los bienes sociales o aprueban esas compras expresamente, no puede haber en tales actos o contratos nulidad de ninguna clase. Tratándose de actos o contratos verificados por los liquidadores, sostienen los expositores de Derecho Mercantil, que pueden ser aprobados por los socios unánimemente, por supuesto, en cuanto no lesionen intereses de terceros. Lyon Caen y Renault, en su Tratado de las sociedades mercantiles, dicen: 'El mandato dado al liquidador implica, a menos de prueba en contrario, que no tiene poder de ceder el activo entero de la Sociedad a otra persona. Tal cesión es exclusiva de la liquidación, que exige el consentimiento unánime de los socios. Pero ese poder puede ser dado al liquidador, sea por el contrato mismo de la sociedad, sea por el acto de nombramiento de aquél. También puede darse en el curso de la liquidación por acuerdo unánime de los asociados'. Si, pues, conforme a estos principios y a esta doctrina, los contratos celebrados por los liquidadores en el curso de la liquidación, pero fuera del mandato social que han recibido, pueden ser aprobados por los socios unánimemente, es porque son permitidos, y por consiguiente, no hay nulidad en ellos, y menos absoluta. De ahí que la Corte estime que al decir el Tribunal que no habiéndose alegado que los contratos materia de la litis perjudicaban a terceros, no hay nulidad absoluta, no incurrió en error....."
(Casación, XL, Nº 1890, octubre 26 de 1932). . . . . 588, 2ª y 589, 1ª

LITIS CONTESTATIO

- Nº 121 -

Argüía el recurrente en un juicio ordinario de reivindicación en que propuso el demandado acción de reconvención, que el sentenciador había violado los artículos 2452 y 752 del Código Civil al estimar ineficaz la copia del acta de remate por parte del demandado del fundo que se reivindicaba, solamente porque el remate se había verificado después de la contestación de la demanda.

"Considera la Corte que el fundamento de la sentencia en relación con el punto anterior, es el de que el remate verificado por el General Holguín no puede tenerse en cuenta en el presente litigio para oponerlo a las pretensiones de los actores, por tratarse de un hecho posterior a la litis contestatio, que vendría a alterar la situación que las partes adquirieron en el juicio, y que quedó determinada en la contestación de la demanda. De manera que el Tribunal no ha desconocido el carácter de real que tiene la acción hipotecaria, esto es, que puede perseguirse la finca hipotecada contra quienquiera que la posea, sin relación a determinada persona, por lo cual no aparecen violados los artículos 2452 y 752 del Código Civil, en el concepto que apunta el recurrente. Cuanto al art. 329 del Código Judicial, que define la excepción perentoria, tampoco el sentenciador ha desconocido que por vía de excepción perentoria puede oponerse al reivindicador un título que prefiera al suyo y enerve su acción, desde luego que no entró a examinar en el fondo la fuerza de la defensa alegada por el demandado para aniquilar la acción. El nervio del fallo en este asunto consiste, como se ha visto, en que la excepción fundada en un hecho sobreviniente o posterior al cuasicontrato de la litis contestatio, no puede tenerse en cuenta para fallarse el pleito, por existir una situación jurídica establecida entre los litigantes desde la contestación de la demanda, que fija los extremos de la litis. Esa, la razón del fallo, y no que un título de dominio, procedente del reivindicador no pueda oponerse al que aº éste sirve para sustentar la demanda". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 27 de 1934) . . . 287, 2ª

M

MINAS

- Nº 122 -

Declaradas sin valor dos diligencias de posesión de una mina por Resolución de la Gobernación de Antioquia, confirmada por el Ministerio de Industrias, se querellaba el posesionado de despojo violento.

"..... No se explica cómo el demandante califique de despojo, y de despojo violento, las mentadas providencias dictadas por funcionarios administrativos en ejercicio de sus funciones con apoyo en la disposición expresa del artículo 91 del Código de Minas, y cuando tales providencias sólo tenían por objeto reponer la posesión, pero sin los vicios y defectos que hicieron ineficaces las diligencias de once de septiembre de mil novecientos veinticuatro y diez de abril de mil novecientos veintiocho. Y cabe decir que no tiene razón el apelante, al afirmar que las resoluciones administrativas en cuestión desconocieron el fallo del Tribunal, que dispuso darle a aquél posesión de la mina de 'La Culebra', pues ellas nada ordenaron en contrario acerca de este punto, y antes bien dispusieron que esa posesión se diera a Molina Callejas, pero en la forma legal que no revistieron las precedentes. Porque la decisión judicial de poner al denunciante en posesión de la mina, no excluye la facultad de la autoridad adminis-

Págs.

trativa, concedida por el artículo 91 del Código de Minas, de ordenar la reposición de la diligencia en que se hubieren omitido formalidades prescritas por la ley. Al argumento del demandante, de haber sido despojado de la posesión por tener ya pagado el impuesto de que trata el artículo 23 de la Ley 292 de 1875, contestó el Tribunal en los siguientes términos, que la Sala acoge por encontrarlos acordes con los principios legales que rigen la materia: 'El pago del impuesto no es, en el presente caso, prueba legal de la posesión: porque lo que se conserva y se recupera mediante el pago del impuesto es la posesión regular, aquélla que definen los artículos 298 y 291 del Código de Minas, y que Molina no ha tenido (artículos 303, 291 y 164, ibídem). Aquella posesión ordinaria, que al avisante o al restaurador dan los artículos 8º y 346, ibídem, y que en relación con los particulares se puede hacer valer, no se puede alegar en contra de la Nación o de los empleados que en nombre de ella intervienen en la ritualidad de los expedientes sobre adjudicación porque la Nación es la dueña de la mina, tiene sobre ésta el dominio inmanente que le reconoce la Constitución, y es la que se va a desprender de ese dominio en favor del individuo particular, mediante la tramitación de las diligencias administrativas requeridas para ello—y el aviso es apenas la primera de esas diligencias, que van a servir como elemento integral del título (artículos 73 y 74, ibídem). Jurídicamente una mina es dominio creado en un yacimiento minero. Pero cuando se alegan, como ahora, colisiones de derecho entre el denunciante de la mina y la Nación, aquel derecho de dominio no puede darse como incorporado en patrimonio del minero sino cuando la Nación se ha desprendido de ese derecho, mediante las tramitaciones propias para la titulación de la mina. Verificado ese fenómeno legal, es cuando el poseedor o la persona que a su nombre tenga la mina, puede quejarse de despojo contra la Nación, siempre que sea el caso que contempla el artículo 483 del Código de Minas; pues no está fuera de lugar recordar aquí que la autoridad no comete despojo sino cuando atropella las formalidades establecidas como salvaguardia del derecho, formalidades de que no se puede prescindir, sino en los casos determinados por la ley, pues cuando, de acuerdo con ésta procede, no ejerce violencia'. El apelante impugna este concepto del Tribunal, invocando los emitidos por esta Sala de la Corte en sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos veintiuno y veinticuatro de septiembre de mil novecientos veintitrés, en que se expuso que la acción posesoria por despojo de una mina, que consagra el artículo 331, corresponde a toda clase de poseedores, y tiene, además, por objeto hacer efectivas y conservar la posesión de la mina, bien se trate de la posesión ordinaria, de la violenta o de la clandestina. Evidente, eso se dijo en aquellos fallos, y eso es legal decirlo, porque el querellante de entonces (se trataba de la mina de 'El Salto', en el río Atrato), tenía título de adjudicación de la mina, que presentó con la demanda, y podía, por consiguiente, hacerlo valer contra la Nación misma. No había por qué ni para qué hacer en aquella ocasión el distingo entre la posesión ordinaria, que se adquiere por el hecho del aviso del descubrimiento (Código de Minas, artículo 8º), y la posesión regular que invocaba entonces José M. Mayolo; y que ahora, en este asunto, fue necesario que lo hiciera el Tribunal. No hay, pues, oposición entre lo que éste expuso y los fallos mentados de la Corte; pues hecha esta indispensable aclaración, todo poseedor tiene la acción de despojo: contra toda clase de personas, inclusive la Nación, si es poseedor regular, y contra los particulares únicamente cuando sólo ha adquirido la ordinaria, que proviene de la mera calidad de avisante o restaurador (Código de Minas, artículos 8º y 346), y que es la que hasta ahora tiene el recurrente". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1889, agosto 3 de 1932..... 527, 2ª y 528, 1ª

Págs.

MINAS

- Nº 123 -

En un juicio ordinario sobre nulidad de la venta de acciones en una mina por no haberse notificado a los pretendidos socios de ella la venta, se pretendía por los recurrentes contra la sentencia que negó lo pedido en la demanda que por el solo hecho de asociarse varias personas para avisar y denunciar una mina se había formado una sociedad ordinaria de minas.

"El Tribunal sostiene que para que haya lugar al retracto de minas, se requiere entre los socios el previo convenio de la elaboración; que cuando este acuerdo se ha verificado sin ninguna solemnidad, surge la sociedad o compañía ordinaria de que trata el artículo 251 del Código de Minas, y a tal reunión le es aplicable lo dispuesto en el artículo 275 del mismo Código, sobre retracto. Luégo añade: 'La sola reunión de personas para el aviso y denuncio de minas, no constituye por sí sola sociedad. A este respecto acoge el Tribunal la Resolución administrativa de 24 de mayo de 1889, publicada en el 'Diario oficial' número 7811, y concebida en estos términos: 'El Código de Minas reconoce dos maneras, entre otras, de hacer los denuncios. Es la primera, cuando una mina se pretende para varios (artículo 33, inciso 5º), y es la segunda, cuando el denuncio se hace en nombre de una sociedad ordinaria (artículo 33, inciso 6º). Y esta distinción, claramente establecida por la ley, comprueba que el hecho de incluír varios individuos en el aviso y denuncio de una mina, no establece 'ipso jure', entre ellos, lo que la ley llama sociedad ordinaria de minas. El mismo Código exige el cumplimiento de formalidades expresas para dar por constituída tal sociedad (artículo 283). La confusión que pudiera haber en esto se aclara, si se tiene en cuenta que las disposiciones del capítulo XVI del Código de Minas, se refie-

Págs.

ren únicamente a las compañías que elaboran minas, y esas disposiciones no son aplicables a los denuncios, sino cuando se trata de compañías legalmente organizadas que los hayan hecho'. Estima la Corte que el artículo 33 del Código de Minas establece en sus ordinales 5º y 6º una diferencia notoria entre una mina que va a denunciarse para varios indviduos, y otra que se pretenda para una sociedad ordinaria. Dice el ordinal 5º: 'Se expresarán los nombres de todos los socios, cuando la mina se pretenda para varios, y la acción que cada uno representa, lo cual no impide que se hagan alteraciones a este respecto en lo sucesivo'. De modo que no todos los que se asocian para avisar y denunciar una mina constituyen una compañía ordinaria minera. Estas son las que se fundan comunmente para el 'laboreo' de las minas, sin los requisitos necesarios, para que puedan considerarse como colectivas, en comandita o anónimas, pero siempre tienen como objetivo el laboreo, la explotación de los yacimientos minerales. Cuando una mina se denuncia para varios, se expresarán los nombres de todos los socios y la acción que cada uno representa, lo cual no impide que se hagan alteraciones a este respecto en lo sucesivo, dice el inciso 5º del artículo 33 del Código de Minas; de manera que, antes de la expedición del título, por simples memoriales dirigidos a la autoridad administrativa correspondiente, se pueden hacer por los denunciantes las alteraciones a que haya lugar, ya introduciendo nuevos socios por cesión de acciones, ya haciendo cambios en la cuantía de éstas, sin que tal procedimiento, que permite la ley y es de ordinaria ocurrencia, pueda considerarse como venta de derechos de los socios que esté sujeta al retracto. Dijo esta Corte en sentencia de casación de veintisiete de noviembre de mil novecientos trece, GACETA JUDICIAL, tomo 23, página 361: 'Si antes de titularse una mina no tiene el descubridor de ella sino la expectativa de obtener la propiedad y la posesión regular, bien puede, usando del derecho que confiere el inciso 5º del artículo 33 del Código de Minas, hacer por memoriales dirigidos al Gobernador indicaciones respecto de las personas a quienes debe adjudicarse la mina, y de las acciones que cada una de ellas representa; ceder el todo o parte de sus derechos, sin que ello implique, por no tratarse de tradición del dominio, el quebrantamiento del artículo 2577 del Código Civil, que exige escritura pública para todos los actos y contratos relativos a la enajenación o mutación de la propiedad de bienes inmuebles. En suma, la compañía ordinaria de minas no se forma por el solo concierto de dos o más personas para avisar, denunciar y titular una mina; es preciso que se organicen con el objeto de laborar la mina, y entonces se sujetan a las estipulaciones que consignen en los respectivos compromisos antes de emprender el laboreo, y si no hubiere compromiso previo, quedan sometidos a las reglas del capítulo XVI del Código de Minas, que establece los derechos y las obligaciones de las compañías que elaboran minas (artículo 254 del Código citado). Son compañías ordinarias, dice el artículo 251 de dicha obra, las que se forman comúnmente para el laboreo de las minas, sin los requisitos necesarios para que puedan considerarse de otra especie. De modo que a la luz de las disposiciones que se han analizado, los individuos que se reúnen para avisar, denunciar y obtener la titulación de una mina, sin el objeto de explotar o laborar esa mina, y sin la organización necesaria para ello, no constituyen, no forman una sociedad ordinaria de minas, que esté sometida a las prescripciones del capítulo XVI del Código de Minas, entre las cuales se hallan los artículos 275 y 276, que el recurrente estima violados, por haber dejado de aplicarse al caso del pleito. El Tribunal, por lo tanto, no incurrió en los errores de hecho y de derecho que el recurrente señala, por no haber estimado que por el aviso y denuncio de la mina de 'San José', dados por los señores Piedrahíta, Zuluagas y Gómez C., quedó establecida entre ellos una sociedad ordinaria de minas, ni ha quebrantado los artículos del Código de Minas y del Civil, que el autor del recurso considera infringidos a consecuencia de los errores mencionados". (Casación, XL, número 1888, marzo 13 de 1934). 291, 2ª y 292, 1ª

Págs.

N

NECROPSIA MEDICO-LEGAL

- Nº 124 -

El reo recurrente contra la sentencia que le condenó por homicidio objetaba que se había violado la ley penal por error en la apreciación del cuerpo del delito, el cual hacía estribar en que la necropsia del cadáver se había practicado por un solo perito médico.

"... Bien sabido es que la dificultad en ciertos municipios de que intervengan en las autopsias dos médicos graduados y verdaderos expertos, hace, la mayor parte de las veces, que el médico oficial se asocie de una persona, lo más conocedora posible, para que intervenga como perito en la diligencia, intervención que en manera alguna puede viciar la referida diligencia, porque ella se amolda a la ley y a las circunstancias, ya que el médico oficial practica la autopsia no solamente delante del compañero sino con su directa intervención, para que se dé clara cuenta de que las conclusiones a que llega son en lo general rigurosamente exactas". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 19 de 1934) 329, 2ª

NULIDAD

- Nº 125 -

En juicio de oposición a la entrega de un bien que había sido partido en juicio

Págs.

divisorio, se refería el recurrente en casación al concepto del Tribunal de que la división había quedado afectada de nulidad absoluta por omisión de una formalidad sustancial, en concepto del Tribunal, consistente en no haberse abierto el juicio a pruebas.

"Se extiende el recurrente en comentarios sobre este concepto del Tribunal, haciendo notar que las causales de nulidad se hallan taxativamente enumeradas en las leyes, y que las procedimentales no son más que dos, como imperativamente lo dice el artículo 123 de la ley 105 de 1890, en estos términos:—'Las únicas causas de nulidad en TODOS LOS JUICIOS, son: 1º La incompetencia de jurisdicción, y 2º Ilegitimidad de la personería de alguna de las partes'. Claramente se colige que estos reparos del recurrente se conexionan con el cargo formulado al comienzo de su alegato, por error de derecho e indebida aplicación del artículo 1740 del Código Civil al caso de este pleito, citando en apoyo de su tesis la jurisprudencia de la Corte, consignada en casación de doce de febrero de mil novecientos veinticinco, en la cual se dijo que: 'las disposiciones del Código Civil, sobre nulidad, sólo son aplicables a los actos o contratos civiles entre las partes y no a las actuaciones judiciales y administrativas'. Esta jurisprudencia ha sido sustentada por la Corte en distintas ocasiones, y de acuerdo con ella, es casable la sentencia, en cuanto se funda en el concepto de que son nulos 'el juicio y la partición que por medio de él se verificó' por 'omisión de formalidad sustancial, consistente en no haberse abierto a pruebas el juicio, ya que esta omisión tampoco estuvo erigida en causal de nulidad en la ley procesal bajo cuyo imperio se siguió el juicio a que se refiere la sentencia recurrida'." (Casación, XL, Nº 1890, noviembre 14 de 1932) 625, 1º

NULIDAD DEL PROCESO MILITAR

- Nº 126 -

En un proceso militar basaba el defensor del procesado la nulidad del juicio, entre otros artículos, en el 264, ordinal 7º, de la ley 57 de 1887.

"... Estando taxativamente señaladas en el artículo 111 de la ley militar (1) las causales de nulidad y advirtiendo el 112 de la misma que solamente por esas causales podrá interponerse ante la Corte el recurso de nulidad, acaso no sea procedente el recurrir a la disposición de derecho común, o sea al ordinal 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887, citada por el defensor". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 23 de 1934 ..... 336, 2º

(1) Ley 84 de 1931.

Págs.

NULIDAD POR SIMULACION

- Nº 127 -

Un acreedor anticrético solicitó la nulidad por simulación del contrato por el cual su deudor le vendió las fincas dadas en anticresis. En el recurso de casación se alegaba que la sentencia final había violado el artículo 15 de la ley 95 de 1890. Dice la Corte:

"Negó el sentenciador la acción de nulidad absoluta demandada, porque consideró que el demandante, en su carácter de acreedor anticrético, no tenía acción para demandar esa nulidad, por carecer del interés de que habla el artículo 15 de la ley 95 de 1890, y el recurrente no ha demostrado ese interés, puesto que en jurisprudencia constante de la Corte se ha resuelto que el acreedor no puede demandar la nulidad por simulación de un contrato que celebre su deudor, como puede verse en los fallos de treinta de agosto de mil novecientos veinticuatro, tomo XXXI, y veinticuatro de agosto de mil novecientos veinticinco, tomo XXXI, respectivamente, y esta jurisprudencia no podría cambiarse hoy, ya que el demandante en casación no alega razón suficiente, jurídicamente hablando, que obligue a la Corporación a cambiar de parecer. Cierto que los contratos simulados pueden atacarse como violatorios de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, pero para que esas acusaciones prosperaran, es indispensable que quien solicite la nulidad tenga derecho para proponer la correspondiente acción de nulidad por simulación, acción que en este caso se le ha negado al recurrente". (1) (Casación, XL, Nº 1888, febrero 7 de 1934) 260, 1ª

NULIDAD RELATIVA

- Nº 128 -

En juicio de nulidad que se pretendía absoluta de unos contratos hechos por dos liquidadores, contra estos mismos como tales y como representantes de unas sociedades, alegaban los actores recurrentes en demanda de casación que el sentenciador había violado el artículo 2170 del Código Civil, al estimar que no obstante ir los contratos que eran materia del pleito contra la prohibición establecida en ese artículo, sólo estaban afectados de nulidad relativa. Se agregaba que habían sido violados igualmente los

(1) Aun cuando son numerosas las concordancias de otras doctrinas con la que se deja trascrita, la Corte decidió posteriormente, en sentencia de fecha veintiocho de mayo de mil novecientos treinta y cinco, publicada en la Gaceta Judicial, número 1897, que el acreedor tiene la acción consagrada en el artículo 15 de la ley 95 de 1890 cuando su deudor ha vendido simuladamente los bienes.

Págs.

artículos 1741, 1502, 1504 y 1523 del mismo Código.

"A esto observa la Corte que la prohibición consagrada en el artículo 2170 del Código Civil no acarrea nulidad absoluta, sino relativa, desde el momento que permite la ratificación o aprobación del acto o contrato por el mandante, lo que no ocurre en el caso de nulidad absoluta, conforme al artículo 1741 del Código Civil, porque se trataría entonces de extralimitación de facultades del apoderado constituído que no engendra nulidad absoluta, sino relativa, según lo ha declarado la Corte, como se ve en la sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos veinte (tomo XXVIII, página 70 de la 'Gaceta Judicial'). Porque para que fuera el caso de aplicar el artículo 1741 del Código Civil, sería preciso que la materia sobre que trataron los liquidadores fuera prohibida, o sea en realidad los derechos de los socios Constaín y Chaves, lo que no puede reconocerse, porque no resulta de ningún texto legal, y, por consiguiente, era materia autorizada por el principio de la libertad de contratar. No hubo falta de consentimiento de los demandantes, porque lo prestaron sus apoderados, según se ve de la intervención de éstos en cada uno de los contratos; esto sin tener en cuenta que en la demanda no se atacaron los contratos, sino por dolo y objeto ilícito. Tampoco se trata de falta de capacidad accidental, en el caso del artículo 1504 del Código Civil, porque esta incapacidad accidental, por disposición del artículo 1856 de la misma obra, se rige por el artículo 2170 ibídem, que, como ya se dijo, deja el acto o contrato a la autorización o aprobación del mandante. Por eso no proceden los cargos anteriores". (1) (Casación, XL, Nº 1890, octubre 26 de 1932) 590, 2º

OPOSICION EN ASUNTOS DE PETROLEOS

- Nº 129 -

Corresponde al opositor a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos el carácter de actor en el juicio de oposición. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1890, septiembre 2 de 1932) 662, 2ª

PAGO DE MEJORAS

- Nº 130 -

El actor ganancioso en un juicio de resolución de un contrato de compraventa por falta de pago del precio, atacó la sentencia por la segunda causal de casación que reconocía el artículo 2º de la ley 169 de 1896, pues decía que no estaba en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, como que no se había pedido que al decretar la resolución del contrato y la correspondiente restitución de la finca vendida se pagasen por el actor las mejoras útiles hechas por el comprador.

"Se observa: Cierto que no fue materia de la demanda el pago de mejoras al demandante; pero ello no quiere decir que sea el caso de la causal segunda, porque el pago de aquellas mejoras es consecuencial de la restitución, aunque así no se pidiera, como lo es la restitución, al resolverse el contrato, porque el objeto de la resolución es volver las cosas al estado anterior. (Casación de 24 de junio de 1921, tomo XXVIII, página 360)" (Casación, XL, Nº 1886, mayo 30 de 1932) 81, 1º

PAGO DEL VALOR DEL SEGURO

- Nº 131 -

En juicio sobre pago del valor de un seguro seguido contra varias compañías aseguradoras por causa de un incendio, el actor recurrente acusaba la sentencia como violatoria de los artículos 1608 del Código Civil y 219 del Código de Comercio, por haber estimado que no estaba en mora de pagar la indemnización en cuanto a unos intereses sobre la suma a que fueron condenados.

"Desde cuándo pesa sobre las compañías demandadas la obligación de pagar a los demandantes la indemnización fijada por sus propios tasadores? Tratándose del seguro marítimo dispone el artículo 445 del Código de Comercio Marítimo que 'no expresándose en la póliza la época del pago de las cosas aseguradas, daños y gastos de la responsabilidad de los aseguradores, éstos deberán verificarlo dentro de los diez días siguientes al en que el asegurado presente su cuenta debidamente documentada'. Esto mismo es aplicable al seguro de transportes terrestres, por especial disposición del artículo 729 del Código de Comercio Terrestre; pero para el pago de la indemnización debida al asegurado contra incendio, la ley de la República no otorga plazo alguno al asegurador, y, en el caso de autos, no se estipuló ningún plazo ni los aseguradores

(1 Comentando el jurisconsulto Vera el artículo 2144 del Código Civil chileno, igual al 2170 del nuéstro, y los artículos 2145, 2146 y 2147 de aquel código, dice: "Los contratos que la ley prohibe tienen, pues, un objeto ilícito y de esta clase son no sólo los expresados en el art. 1466, sino también los indicados en los artículos que estudiamos". (Código Civil de la República de Chile, comentado y explicado por Robustiano Vera, tomo 6º, p. 312). Nuestra Corte de Casación ha sostenido la jurídica doctrina que contiene el fallo relatado, como puede observarse en varias sentencias.

Págs.

han demostrado que las leyes del país de su domicilio les otorgan un término especial para verificar ese pago (artículo 703 del Código de Comercio), por lo que estima la Sala que los aseguradores debieron haber cumplido dicha obligación en la fecha en que los asegurados presentaron su reclamación con arreglo a la cláusula 11 de las pólizas, ya que para esa fecha había sido tasado el siniestro..." (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 3 de 1932) 541, 2ª

PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACION

Quién debe suministrarlo.

- Nº 132 -

Se consultó a la Sala de Gobierno de la Corte si la parte no recurrente ante la Corte puede suministrar el papel necesario para que el asunto se reparta.

"...Considera la Sala de Gobierno, que es la parte que ha interpuesto el recurso de casación la obligada a dar el papel para que el negocio se reparta, lo cual no puede hacerse en papel que suministre la parte opositora, porque a la parte recurrente no se le puede privar del término de sesenta días que le concede la ley para cumplir esa obligación". (Acuerdo, XL, Nº 1890, julio 11 de 1934) 535, 2ª

PENA

- Nº 133 -

Se había impuesto una multa sin que se hubiese notificado a los multados la imposición de la pena.

"Nadie puede sufrir una pena sin que previamente se le dé noticia de ella para los efectos de la defensa". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1890, septiembre 19 de 1932) 670, 2ª

PENA APLICABLE AL REINCIDENTE EN DELITOS DE ABIGEATO

- Nº 134 -

Había aplicado el sentenciador a un individuo, reo de hurto de ganados mayores, las penas correspondientes, con especialidad el artículo 142 del código penal por razón de la reincidencia, pero sin relegación a una colonia penal.

"Tanto el Juez como el Tribunal no tuvieron en cuenta la disposición especial consignada en el artículo 2º de la Ley 105 de 1922, invocada por el Procurador; pues según éste el aumento de la pena por reincidencia no se verifica en la forma que establece el art. 142 del Código Penal, sino que sólo se aplica relegación a una colonia penal y agrícola, a razón de tres años por la primera reincidencia, de seis por la segunda y de nueve por las demás, sin perjuicio de la pena que corresponda al delito porque se le juzga. Es posible que el legislador del año de 1922 hubiera tenido la intención de agregar para esta clase de delincuentes a la pena que por reincidencia señala el Código Penal en el artículo 142, la accesoria de relegación a una colonia penal y agrícola, por la frecuencia con que entonces se cometía esa clase de delitos. Pero dada la forma como aparece redactado el artículo 2º de esa Ley y año citados, no se puede, sin violar su texto expreso y sin violar los principios que rigen sobre la interpretación en materia penal, aceptar una conclusión distinta de la que se acaba de consignar en este fallo en armonía con la respetable opinión del Procurador. Es posible que el legislador de ese año tuviera en cuenta que es más provechoso para la sociedad y para esa clase de delincuentes el que, en vez de mantenérseles en el presidio, en donde el trabajo es muy limitado, se les llevara después de algún tiempo a una colonia penal y agrícola, en donde hay mayores facilidades para infundirles deseos de trabajo, apego a la tierra y al cultivo, pudiendo obtenerse así una reforma y una mejora en sus hábitos, y tendencias que no siempre se obtienen en la penitenciaría. De suerte que este reparo también es fundado". (Casación, abril 23 de 1932, XL, Nº 1887) 225, 2ª

PLAZO AMPLIADO EN EL TESTAMENTO

- Nº 135 -

La vendedora de un bien raíz amplió en su testamento el plazo para el pago del precio.

"Ni se opone a ningún principio jurídico el que la señorita Rodríguez hubiera ampliado en un testamento un plazo acordado en un contrato. El plazo en este caso estaba estipulado a favor del deudor y bien pudo la acreedora hacerle la merced de una ampliación en el testamento. La ampliación del plazo para satisfacer un crédito no es ajena a la disposición de bienes, que es materia propia del testamento, porque es una modalidad que recae sobre un bien, cual es un crédito". (Casación, XL, Nº 1888, marzo 14 de 1934) 302, 1º

POSESION

- Nº 136 -

De acuerdo con el artículo 2523 del Código Civil cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona y se ha recobrado legalmente, no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído. (Casación, XL, 1887, julio 4 de 1932) 181, 1ª

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL

- Nº 137 -

En un juicio de reinvindicación de unos bienes adjudicados a una mujer y a sus hijos, cometió el Tribunal el error de no considerar a aquélla como casada y a éstos como hijos legítimos del de cujus

Págs.

porque desechó la prueba testimonial sobre posesión notoria del estado civil de matrimonio, y así decretó la restitución demandada. La Corte, al casar la sentencia recurrida y fallar en instancia absolviendo a los demandados de la demanda, dijo:

"En concepto de la Corte, si a falta de la respectiva partida o acta del estado civil, lo que está comprobado con la certificación del Párroco, se puede suplir esa falta con declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil, conforme al artículo 395 del Código Civil, con las declaraciones de Alberto Pachón, Eleuterio Rojas, Leonidas Melo y Zoilo Córdoba se ha acreditado en este caso el matrimonio católico de Eladio Clavijo y Clara Medina, porque presenciaron este matrimonio, y concuerdan en las circunstancias de tiempo, lugar y modo. De esta suerte no hay duda de que el Tribunal Superior de Bogotá quebrantó los artículos 607 del Código Judicial que dejó de regir y el 395 del Código Civil, al no admitir como pruebas del referido matrimonio las declaraciones de que se acaba de hacer mérito". (1) (Casación, XL, Nº 1887, junio 30 de 1932) . . . 170, 2ª

POSESION DE UN COMUNERO EN SU PROPIO NOMBRE

- Nº 138 -

Daniel F. Isaza O. dio en pago a Miguel Gaviria N. un derecho proindiviso en una casa, por escritura de 1898. El mismo tradente de Gaviria vendió el derecho vendido antes a éste, a la señora María del Carmen Ochoa de Isaza, quien se lo vendió a Julio Isaza O. por escritura de 1925. Gaviria solicitó la división de la casa por venta en pública subasta; los demandados se opusieron a la división, y uno de ellos, Julio Isaza O., negó al demandante su calidad de comunero, por haber adquirido por prescripción ordinaria el derecho proindiviso en que el actor sustentó la demanda de división. Prosperó la defensa del demandado y la oposición en ambas instancias y el actor recurrió en casación acusando la sentencia del Tribunal de Medellín por violación directa de los artículos 279, 943, 2322, 2525 y 2333 del Código Civil, y como consecuencia la de los artículos 1374 del mismo código y 145 de la ley 40 de 1907. El apoderado del recurrente ante la Corte alegaba que "al proceder el sentenciador en el concepto y sobre la base de que la cuota del señor Gaviria ha sido poseída y prescrita por don Julio Isaza, viola directamente los artículos 2322 y 2323 del Código Civil, en cuanto da por posible y hasta por efectiva esa posesión aislada, precisa, determinada, circunscrita, de aquella cuota, a pesar de haber una comunidad. La definición que de ésta da, o mejor dicho, el cuasi-contrato que, en habiendo esa comunidad, existe según dicho artículo 2322, y la analogía o igualdad que entre ella y la sociedad establece el artículo 2333, son algo que veda aquel concepto de posesión aislada y circunscrita de determinada cuota, y que impide, por ende, la adquisición de ella por otro de los comuneros, en prescripción". Dijo la Corte:

Págs.

"Ambos recurrentes invocan la sentencia de la Corte, de veintinueve de agosto de mil novecientos veinticinco, que corre publicada en el Tomo 31 de la GACETA JUDICIAL, página 319, en la cual se dijo que hay una especie de solidaridad entre comuneros respecto de la posesión y sus efectos, y que es exacto el principio, que es incontrovertible en derecho, de que el comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente por sí, sino también por sus condueños. A esta cita puede agregarse la de la sentencia de catorce de septiembre de mil novecientos veintiuno, publicada en el tomo 28, página 134, en que se había expuesto la misma doctrina en el párrafo siguiente: 'Asimismo la posesión es común, y se ejerce por cada uno de los comuneros en nombre de la comunidad, tanto que se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso'. Es, pues, doctrina sentada en la jurisprudencia, de acuerdo con la naturaleza de la comunidad y con los textos legales, que la posesión de cada copartícipe es común y que posee en nombre de todos los condueños. Pero tanto en la primera sentencia como en la última de las citadas se dejó a salvo la excepción, esto es, el caso en que es inequívoca la posesión de un comunero en su propio nombre. Díjose en la primera sentencia: 'El caso raro de excepción de que un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo necesario con ánimo de señor y dueño absoluto y con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen, es una cuestión de hecho sujeta a pruebas especiales, que no ampara a los demandantes en el presente juicio'. En el segundo fallo se expresó: 'Asimismo la posesión es común y se ejerce por cada uno en nombre de la comunidad, tanto que no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho en comunidad'. Ahora bien: el señor Julio Isaza O. entró en la comunidad, no en nombre del señor Gaviria, sino en su propio nombre a poseer la cuota de dominio que por la escritura pública de mil novecientos veinticinco le había comprado a su señora madre, doña Carmen Ochoa de Isaza. Están, pues enfrentados dos derechos: el del señor Gaviria, cesionario de la cuota de dominio, que en la casa, cuya división se pretende, le vendió el comunero Daniel Isaza O. y el del señor Julio Isaza O. cesionario de la misma cuota, por segunda venta que Daniel Isaza O. le hizo a su señora madre doña María del Carmen Ochoa de Isaza, y por las que ésta hizo a su

(1) Concordancias: No. 2043, tomo 2o., **Jurisprudencia de la Corte**, 103, 3206, tomo 3o. Concuerda también la **Jurisprudencia de los Tribunales**, No. 2083, 2089, tomo 1o.

Págs.

turno al expresado señor Julio Isaza. En tal situación es evidente que la posesión material sobre la casa, en unión de los demás comuneros, fue ejercida con exclusión del señor Gaviria a quien sustituyó Isaza, fundado en el título de compraventa, de que se ha hecho mérito y lo mismo ocurre con la posesión de la señora Carmen Ochoa de Isaza, tradente de don Julio. El señor Gaviria pudo ejercitar la acción señalada por el artículo 949 del Código Civil, que concede el derecho de reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, acción dada al comunero que ha sido excluído del goce de la cosa común para recuperar la posesión. Dijo la Corte en sentencia de veintisiete de abril de mil novecientos veintiséis, que se encuentra publicada en el tomo 32 de la GACETA JUDICIAL, página 320: 'Cuando se niega a un individuo su carácter de comunero, es decir, de dueño de una cuota de la cosa común, es pertinente la acción que tiene por objeto el reconocimiento del derecho respectivo y la consiguiente entrega, la que, tratándose de derecho en una comunidad, se efectúa poniendo al comunero reivindicante en capacidad de hacer uso de los derechos que tiene en la cosa común'. Es así que al señor Gaviria se le desconoció su derecho, precisamente porque la señora Carmen Ochoa de Isaza primero, y luégo don Julio Isaza entraron en su lugar con título de comuneros a poseer la cosa común con los demás condueños, quienes los aceptaron en su calidad de partícipes, luego Gaviria perdió la posesión y debió reivindicarla en tiempo oportuno para evitar que se le opusiera la prescripción adquisitiva, que en este caso cabe perfectamente, porque la posesión de Isaza O., no es equívoca, desde luego que la ejercía exclusivamente para él y no en nombre del comunero Gaviria, en cuyo derecho se sustituyó por el título de dación en pago hecho en su favor. Lo expuesto pone de manifiesto que no ha habido violación de las disposiciones legales que los recurrentes señalan, desde luego que en el caso que se estudia, hay contraposición de títulos, y por lo mismo no puede aceptarse la tesis de que Julio Isaza O. poseyera su cuota de dominio en nombre de Miguel Gaviria, cuyo título de comunero fue desconocido por aquél, así como por los demás condueños, quienes comparten con Isaza los proventos de la cosa común". (Casación, XL, Nº 1887, julio 23 de 1932) ..... 204, 1ª y 2ª

POSESION PARA LA PRESCRIPCION

- Nº 139 -

Angela Lozano viuda de López demandó en juicio de reivindicación a Enrique Rengifo y a Mercedes y María Borrero, y obtuvo sentencia favorable en el Tribunal, contra la cual recurrieron en demanda de casación las demandadas alegando que el Tirbunal había violado varios artículos del código civil por no haber declarado probada la prescripción extraordinaria alegada en tiempo oportuno.

Págs.

"Considera la Corte que el hecho de haber vivido las señoras Borreros en las casitas durante el lapso necesario para prescribir, en lo cual parece convenir la parte actora en el párrafo del alegato que transcribe el recurrente, no sería suficiente para infirmar la sentencia por error evidente en la apreciación de la prueba, porque, como atrás se dijo, el señor Benito López, dueño del solar cuyos títulos han exhibido sus herederos, ejercía al mismo tiempo actos de dominio sobre él, lo que induce a pensar que el dueño permitía a la señora Borrero vivir en esa propiedad, por no causarle gravamen y más bien aprovecharle el hecho de qe hubiera alguien que cuidara de ese predio destinado a la construcción más tarde. De todos modos la posesión que sobre el solar ejercían las demandadas no era exclusiva, pues allí estaba el propietario ejerciendo actos de dominio. Aun tratándose, no ya de controversias entre el dueño de un predio y un prescribiente que le disputa el dominio, sino de distintas personas que aspiran a prescribir alegando para ello posesión suficiente, la Corte ha exigido que dicha posesión sea exclusiva para que pueda prosperar la prescripción. En sentencia de 21 de septiembre de 1911, dijo esta superioridad: 'No obsta en contrario de lo que acaba de exponerse, que por medio de Francisco Toro, Pablo y Juan José Jaramillo, como agentes o arrendatarios de los señores Navarros, ejercieran ellos posesión en el mismo terreno, durante mucho tiempo, porque para adquirir por prescripción un predio, no basta ejercer actos posesorios del suelo en algunos sitios del mismo predio, si al propio tiempo en otros suceden actos de la misma clase, ejercitados por o en nombre de otra persona que pretende ser dueña del fundo. La posesión en este caso no es exclusiva ni puede por lo mismo conducir al dominio de todo el predio'. En la misma sentencia se cita una del Tribunal Supremo de España, 22 de mayo de 1894, que contiene la misma doctrina, y en que se establece que 'aprovechando los dos litigantes el terreno que era objeto del juicio, ese aprovechamiento se opone a toda idea de prescripción, cuya existencia requiere, como circunstancia especial, la posesión continuada de una persona en concepto de dueño exclusivo.' (Véase GACETA JUDICIAL tomo 20, página 284)." (Casación, XL, Nº 1886, mayo 23 de 1932) .... 66, 2ª y 67, 1ª

PREMEDITACION

- Nº 140 -

Un Juez Superior le formuló al Jurado esta cuestión: "El acusado N. N., es responsable de haber dado muerte voluntariamente a N. N. por medio de heridas, inferidas con instrumento contundente (garrote), cortante (peinilla) y punzante (puñal), habiendo reflexionado antes sobre su hecho y sobre los medios de ejecutarlo..." El Procurador alegó que la sentencia no estaba de acuerdo con el veredicto del Jurado, el cual respondió: "Sí, habiendo reflexionado antes sobre el he-

Págs.

cho, pero no sobre los medios de ejecutarlo." Sostuvo el Procurador que el Juez no había expresado la idea completa de premeditación sino la de un elemento de ésta solamente, y que cuando el Jurado contestó en la forma anotada, dejó más incompleta todavía la idea de que el homicidio hubiera sido cometido con premeditación. Porque para que el homicidio hubiera sido cometido con premeditación, no basta haber reflexionado sobre él, sino que es necesario haber planeado su ejecución, previendo los medios de ejecutarlo.

"La premeditación se caracteriza principalmente por la concepción y resolución firme, reflexiva, meditada y detenida de la ejecución, y por la persistencia en la resolución de delinquir. Dentro de algunos casos de homicidio voluntario, puede el delincuente reflexionar sobre lo que va a hacer, y, sin embargo, no se puede decir que premedite. Así, el que mata 'por una provocación, ofensa, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra grave, que inmediatamente antes del homicidio se haga al propio homicida, o a su padre o madre, abuelo...' (ordinal 1º del artículo 587 del Código Penal); por un peligro, ultraje o deshonra grave, que inmediatamente antes del homicidio temía fundadamente el homicida, contra sí mismo o contra alguna de las personas expresadas en el numeral anterior (numeral 2º ibídem); o el que mata 'por el deseo de precaver o impedir cualquier otro delito grave, que inmediatamente antes del homicidio esté cometiéndose o vaya a cometerse contra la Constitución, contra la seguridad de la Nación...' (ordinal 4º ibidem), puede alcanzar a meditar detenidamente, que es lo que consiste la reflexión, y, sin embargo, jurídicamente no ha premeditado, porque ha faltado, entre otros elementos, la persistencia en la resolución de cometer el homicidio, y ha faltado esta condición, porque ella implica o exige el transcurso de tiempo necesario para el desarrollo del plan criminoso. El que mata inmediatamente antes de una ofensa que se ha irrogado a un hermano, por ejemplo, y es uno de los casos de homicidio voluntario que acaba de mencionarse, puede no solamente pensar en el acto que va a realizar, por breve que sea el tiempo que transcurra, sino aún meditar, alcanzándose a dar cuenta de las consecuencias de su obrar. Puede haber entonces una reflexión, pero no de tal valor e intensidad que se llame fría, firme y detenida, ni menos puede decirse que ha habido constancia o permanencia en el propósito y resolución criminal, que son las condiciones señaladas por los expositores como constitutivas de la premeditación. En síntesis: la reflexión es una operación del entendimiento, constituye el proceso estrictamente psicológico, mientras que la persistencia en el propósito criminal, y sobre todo la resolución de llevarlo a cabo en determinada forma y en ciertas condiciones, son actos que corresponden a la voluntad, porque se trata de aceptar, de querer, de consultar y poner por obra lo que ha surgido en el pensamiento y ha perdurado en él con mayor o menor reflexión. Hablar, pues, de premeditación, en sentido jurídico penal, simplemente porque ha mediado reflexión, es confundir el todo con uno de sus componentes. De suerte que si el Jurado contestó en armonía con la pregunta que le fue formulada, que Parra era responsable de haber dado muerte a Virgüez, habiendo reflexionado antes sobre el hecho, tal respuesta no es suficiente para que el Juez de derecho imponga la pena que corresponde al homicidio premeditado. Si en toda premeditación existe reflexión, no en toda reflexión, según se ha visto, va envuelto el concepto jurídico de la premeditación, y así es posible que si al Jurado se le interroga clara y concretamente sobre esta última circunstancia, su respuesta habría podido ser distinta, y ante esa duda, tratándose de un cargo tan grave cuya apreciación, para efectos de la condena, no puede estar sujeta a deducciones más o menos aproximadas en relación con los términos del veredicto, se impone una interpretacinó favorable, siguiendo el principio tan antiguo como sabio de 'in dubbio favores sunt ampliandi et odia restrigenda'." (Casación, XL, Nº 1890, octubre 18 de 1932). 653, 1ª y 2ª

Págs.

PREMEDITACION

-Nº 141 -

El elemento subjetivo de la premeditación, como intencional que es, no forma parte estrictamente del cuerpo del delito, el cual puede netamente demostrarse prescindiendo de aquel elemento subjetivo. Otra cosa es que cuando existe la premeditación, se enuncie claramente en el auto de proceder, para que el procesado pueda defenderse de ella. (Casación, XL, Nº 1888, febrero 20 de 1934) 332, 2ª

PRESCRIPCION

- Nº 142 -

En un juicio de reivindicación que prosperó alegaba la parte recurrente en casación que el Tribunal sentenciador afirmaba que alegar la prescripción era tanto como reconocer dominio ajeno.

"Con razón ataca el recurrente el concepto del Tribunal consistente en afirmar que quien alega la prescripción, reconoce por ello la propiedad de la persona contra la cual se opone este medio de defensa. Pues como bien dice el autor del recurso, quien alega en su favor la prescripción y la deduce de una posesión ejercida durante el tiempo que las leyes determinan para el caso, afirma su posesión y nada más. Esa afirmación es contra todo el que se pretende dueño, pero sin respecto a determinada persona: no entraña, pues, el reconocimiento del dominio anterior al demandante, sino solamente la afirmación del propio dominio, como obra de la prescripción. Pero como el fundamento del Tribunal para decretar la reivindicación estriba en la serie de títulos presentados para com-

Págs.

probar la propiedad del lote, el concepto acusado, que es colateral, no alcanza, aunque sea erróneo, para infirmar el fallo". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 23 de 1932) 67, 2ª

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

- Nº 143 -

Como se declarase en un juicio ordinario la prescripción adquisitiva que como excepción opuso el demandado al actor que pedía la restitución de la finca, alegó éste en el recurso de casación la violación del artículo 1521 del Código Civil porque el título del demandado estribaba en la venta que le había hecho un tercero cuando estaba en vigor el embargo de la finca antes perseguida en juicio ejecutivo.

"El embargo de una finca en juicio seguido entre personas distintas de los contratantes, no es obstáculo para la tradición; aparte de que en la sentencia no sostiene el Tribunal el concepto que le atribuye el recurrente de que la escritura Novoa-Díaz sea una prueba de la posesión material del último. 'El embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consume la prescripción adquisitiva de ella. Por el embargo no se traslada ni se modifica el dominio ni la posesión de la cosa depositada; y si bien es cierto que la enajenación de los bienes embargados está prohibida por la ley, bajo pena de nulidad, el fenómeno de la prescripción es cosa muy distinta de la enajenación. Si la posesión no se pierde por el hecho del embargo, no hay disposición alguna del Código Civil que se oponga a la usucapión o prescripción adquisitiva, la cual, por ser título originario de dominio, difiere esencialmente de la enajenación'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo 2º, número 1934)". (Casación, XL, Nº 1887, julio 4 de 1932) 180, 2ª

PRESCRIPCION EN LA COMPRA DE COSA AJENA

- Nº 144 -

Uno de los herederos en una sucesión vendió a un tercero un bien raíz de la misma, el cual en la partición se adjudicó a heredero distinto del vendedor. Se reivindicó para la sucesión la finca comprada por el tercero y éste opuso la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio. El Tribunal le condenó a la restitución demandada, pero recurrió en demanda de casación acusando la sentencia por violación del artículo 1401 del Código Civil, porque, dijo, "le niega al que adquiere un inmueble de una sucesión ilíquida, siendo tradente un heredero real, el derecho de adquirirlo por prescripción, cosa que, por el contrario, permite y autoriza el citado artículo...." Dijo la Corte:

"El cargo es fundado; pues la disposición que consagra el artículo 1401 del Código Civil de que 'si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena', ha de entenderse en relación con la del 1871 de la misma obra, en el sentido de que tal enajenación vale, sin perjuicio de los derechos de dicho adjudicatario, mientras no se extingan por el lapso de tiempo. Por la errónea interpretación de aquel artículo, dice el recurrente, el Tribunal le niega al demandado el derecho que 'tiene todo tercero de buena fe para adquirir por prescripción el inmueble que haya comprado a un heredero', y viola, además, los artículos 2528 y 2529 del mismo código, que ordena tener como modo para ganar el dominio de los bienes raíces la prescripción ordinaria, en cuanto se demuestre la posesión regular no interrumpida, durante diez años, a base de justo título'. En atención a este reparo, se considera: de acuerdo con lo establecido en los artículos 2528 y 2529, citados por el recurrente, gana por prescripción ordinaria el dominio de los bienes raíces, quien ha estado en posesión regular de ellos, no interrumpida, durante diez años, y al efecto declaran los artículos 764, 765, 768 y 769 del mismo código, que 'se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión'; que la venta es justo título para transferir el dominio, salvo en los casos que enumera el artículo 766 de dicha obra; y que, en cuanto a la buena fe, que es la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios exentos de fraude y de todo otro vicio, la ley la presume. Relacionando estas normas legales con lo que consta en el proceso, resulta que en la venta hecha por Julia Gómez viuda de Barrera a Cristo y Samuel Cristancho y Moisés Rojas, por medio de la escritura número 440, de quince de septiembre de mil novecientos ocho, de que se ha hablado, dijo la primera: 'Que da en venta real y enajenación perpetua a los tres últimos un terreno situado en la vereda de Monguí, sitio de Timjacá, jurisdicción de Mongua, que hubo por herencia de su padre Antonio Gómez Azuela', y como no se ha probado ni resulta de autos que los compradores tuvieran conocimiento que la sucesión del expresado Gómez Azuela hubiera sido liquidada, se presume que de buena fe creyeron que por medio de esa venta la vendedora les transfería, y ellos adquirían, el dominio del terreno en referencia. Hay que presumir, pues, que se trata de una posesión regular, que habilita a los compradores para ganar la prescripción ordinaria que alega el demandado, ya que ni siquiera hay lugar a conjeturar que pueda tratarse de una herencia yacente, toda vez que la misma demandante, en el numeral 2º de los fundamentos de hecho de su demanda, declara que, 'a la muerte del señor Gómez Azuela, sus herederos cogieron los bienes y se los repartieron arbitrariamente, sin seguir reglas

Págs.

ningunas de equidad, y así, unos tomaron más de lo que les correspondía, y otros menos, y comenzaron a venderlos y a disponer de ellos', antes de que se siguiera el juicio de sucesión, con lo cual queda establecido que todos esos herederos aceptaron la herencia, de acuerdo con los artículos 1298 a 1301 del Código Civil, y que, por tanto, la herencia de Antonio Gómez Azuela no quedó yacente. Ahora, como por otra parte, de las pruebas aducidas en la primera instancia del juicio resulta que cuando la demanda fue notificada al demandado, el veintidós de noviembre de mil novecientos veintiséis, hacía más de veinte años que éste se hallaba en quieta y pacífica posesión material del terreno que se trata de reivindicar, queda así demostrado que ya para esa época se habían cumplido a su favor las condiciones necesarias para adquirirlo por prescripción ordinaria; y ello es así aun en el supuesto de que fuera fundada la afirmación del Tribunal, de que cuando Julia Gómez vendió la finca (en el año de mil novecientos ocho), la demandante sólo tenía diecisiete años, ya que el tiempo necesario a la prescripción ordinaria es sólo de diez años para los bienes raíces". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 6 de 1932)..... 48, 1ª y 2ª

PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

- Nº 145 -

El actor que interpuso casación en juicio de reivindicación sostenía que había violado el sentenciador el artículo 789 del Código Civil al estimar que podía caber la excepción de prescripción extraordinaria contra la posesión inscrita de muchos años.

"Ciertamente, los demandantes alegaron la posesión inscrita de sus títulos, pero habiéndose alegado también por los demandados la excepción de prescripción extraordinaria, no le bastaba al Tribunal atenerse a la posesión inscrita de los demandantes para reconocerles su derecho, porque los artículos 2531 y 2532 del Código Civil permiten alegar la prescripción extraordinaria adquisitiva contra títulos inscritos, prescripción que se funda en actos de posesión material, y que se establece principalmente con prueba de testigos. De modo que al admitir esta prueba en el caso, no violó el sentenciador el artículo 789 del Código Civil porque esta disposición hay que entenderla sin perjuicio de las disposiciones del mismo Código Civil, sobre prescripción extraordinaria. Si así no fuera, y no obstante una posesión material y no interrumpida de treinta años, contra el que aduce un título inscrito, subsistiera a su favor el derecho de dominio en bienes raíces, serían letra muerta las disposiciones de los artículos 2531 y 2532 del Código Civil. Por eso la Corte ha rechazado la tesis contraria, que es la que invoca el autor del recurso, como se ve en el fallo publicado en la GACETA JUDICIAL números 906 y 907. Por consiguiente, no basta tampoco que el demandante alegue justo título y prueba de la identidad de la cosa que reivindica, para que el sentenciador tenga que desechar la excepción de prescripción". (1) (Casación, XL, Nº 1890, noviembre 3 de 1932)..... 609, 1ª y 2ª

Págs.

PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA COMO TITULO PARA LA REIVINDICACION

- Nº 146 -

Véase la doctrina contenida bajo el mote "Reivindicación basada en el hecho de una prescripción extraordinaria".

PRESTACIONES MUTUAS

- Nº 147 -

El apoderado de la parte recurrente en un juicio de reivindicación en que se le condenó a lo pedido en la demanda sostenía que el Tribunal no había hecho pronunciación ninguna acerca de las prestaciones mutuas, siendo el caso de hacerlo, por habérsele considerado como poseedor de buena fe. "Dos interpretaciones, dice, corresponden a este silencio del Tribunal, o que se abstuvo de fallar sobre puntos que requerían decisión, o que falló negando la declaración hecha por el Juzgado de primera instancia en el punto 3º de su sentencia, en los términos siguientes: 'Quédale a salvo su derecho al demandado Holguín, en cuanto al abono de expensas necesarias y mejoras útiles. Si lo primero, la sentencia es deficiente, no está en consonancia con la naturaleza del juicio, dejó de fallar sobre puntos de controversia, y es, por tanto, anulable por causal segunda. Si lo segundo, la sentencia es violatoria de los artículos 965 y 966 del Código Civil, por falta de aplicación al caso de la litis, y por errónea interpretación, si es que alguna se le dio, y debe casarse también por causal primera..." Dijo la Corte:

"Estima la Corte que, considerado en la sentencia el General Jorge Holguín como poseedor de buena fe, tiene todos los derechos que a tales poseedores otorga el Código Civil, en el capítulo sobre PRESTACIONES MUTUAS, de manera que la declaración del Juez en relación con este punto cuando dijo: 'Quédale a salvo su derecho al demandado Holguín, en cuanto al abono de expensas necesa-

(1) Concuerda con esta doctrina la jurisprudencia de los Tribunales de Chile. «En el siguiente caso se dio lugar también a la excepción de prescripción de treinta años contra la demanda reivindicatoria de un terreno, porque aunque el demandado no justificó tener título alguno de dominio, éste puede suplirse por la prescripción de treinta años, cuando, como en el caso actual, la posesión ha sido sin violencia, clandestinidad ni interrupción, y el demandante no prueba ningún acto del demandado que importe, de parte de éste último, un reconocimiento del dominio de aquél». (**Diccionario de Jurisprudencia de las Cortes de Justicia de la República de Chile, Tomo 2.o, página 493.**

Págs.

rias y mejoras útiles', no es otra cosa que una advertencia del juzgador acerca de lo que preceptúa la ley, advertencia por otra parte innecesaria, desde luego que no es el Juez sino la ley quien establece la salvedad. Y el hecho de haber guardado silencio el Tribunal sobre este punto, al resolver la demanda principal, no implica, como cree el recurrente, ni la abstención de fallar ni quebrantamiento de los artículos 965 y 966 del Código Civil por falta de aplicación al caso de la litis. No lo primero, porque el derecho del demandado respecto de expensas y mejoras, cuando vaya a ejecutar la sentencia, emana de la ley; ni lo segundo, porque el sentenciador, al prescindir de la advertencia hecha por el Juez, no ha resuelto contra los derechos que al poseeedor vencido reconocen los artículos 965 y 966 del Código Civil, que por ese aspecto considera violados el autor del recurso". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 27 de 1934) 289, 1ª

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

- Nº 148 -

Ana Rosa Sánchez pidió en juicio ordinario que la legítima rigorosa que le correspondía en la sucesión de su padre Zenón Sánchez, se le pagase con bienes distintos de los señalados por éste en su testamento y no con los que la actora estimaba propios, entre los cuales figuraban unos créditos. Se acusó la sentencia, entre otros motivos, por violación del artículo 91 de la ley 153 de 1887 y sostuvo la recurrente que el sentenciador había incurrido en error de hecho y de derecho consistente en dar carácter de plena prueba a declaraciones de testigos con el fin de demostrar la propiedad de una suma mayor de quinientos pesos y al aceptar como principio de prueba por escrito las cartas cruzadas entre la actora y su padre.

"Se considera: La parte de la sentencia en que el Tribunal se refiere al punto que se estudia en este cargo, dice: 'No puede objetarse que por versar estos contratos sobre cantidades mayores de quinientos pesos, no puede acreditarse como prueba testimonial, porque la demandada, que es la interesada en dar la prueba, ha aducido un principio de prueba por escrito, como son las cartas de Ana Rosa Sánchez, que ésta reconoció y que atrás se transcribieron, las cuales hacen verosímiles los hechos que se trata de esclarecer, comoquiera que en ellas Ana Rosa da cuenta del dinero a su padre, diciéndole, después de que Herrera le había pagado, que estaba colocado sobre buena hipoteca, con un plazo de un año... etc.' Como se ve, el Tribunal aceptó las supradichas cartas como un principio de prueba por escrito, fundándose, con acierto, en que basta que el acto escrito haga verosímil el hecho litigioso, según la definición que trae el artículo 93 de la ley 153 de 1887. Es desde todo punto injurídico el concepto del recurrente, en cuanto afirma que para que exista principio de prueba por escrito es necesario que en las cartas exista la constanciá expresa, clara e inequívoca, tanto de que su autora se refería a las cantidades de dinero de que tratan las escrituras ya citadas, como a la cuantía, y que es preciso que todo eso aparezca con evidencia meridiana. Si tales requisitos se exigieran y se hallaran comprobados, las cartas no serían ya un principio de prueba por escrito, sino una confesión expresa, clara, inequívoca y de evidencia meridiana. La ley no exige todos esos requisitos en el principio de prueba por escrito, sino que basta que éste HAGA VEROSIMIL EL HECHO LITIGIOSO, y la verosimilitud es algo sustancialmente diferente de la evidencia. Hallándose en los autos el principio de prueba que exige la ley, es admisible la prueba testimonial, en armonía con lo dispuesto por el citado artículo 93". (Casación, XL, Nº 1887, junio 16 de 1932) ..... 161, 2ª y 162, 1ª

PRUEBA

- Nº 149 -

En un juicio de separación de bienes alegaba el demandado recurrente contra la sentencia que decretó la separación demandada, que la sentencia había apreciado declaraciones basadas en simples conceptos de las personas que deponían y no en hechos que hubieran sido presenciados por los testigos.

"Respóndese a esto que el Tribunal, al apreciar el conjunto de las declaraciones, halló en ellas elementos suficientes para dar por establecidas las causas alegadas, con el fin de obtener la separación. Tratándose de acreditar hechos que, como los que sirven de motivo al divorcio o a la separación de bienes, ocurren de ordinario dentro del recinto doméstico, no es razonable exigir que cada uno de ellos haya sido rigurosamente presenciado por dos testigos, pues semejante exigencia conduciría prácticamente, en esta clase de litigios, a dejarlos sin comprobación. Basta aducir cierto número de indicios, que pueden consistir en declaraciones de testigos que deponen sobre hechos crónicos, declaraciones que se apoyan unas a otras, para establecer la situación generadora de los motivos de divorcio o separación. Por la naturaleza misma de las cosas surge la necesidad de acudir a la prueba indicial más que a la testimonial. Cuanto a que los testigos no dan razón satisfactoria de sus dichos, es de advertir que las declaraciones a más de conceptos, contienen el relato de hechos más o menos concretos, de donde se originan aquellos conceptos". (1) (Casación, XL, Nº 1886, mayo 10 de 1932) 51, 2ª

(1) Concordancia: No. 3244, Jurisprudencia de la Corte, Tomo 3o.

Págs.

PRUEBA PERICIAL

- Nº 150 -

"El no haber intervenido el magistrado en la prueba pericial, no constituye siquiera irregularidad, ya que la ley no exige tal intervención para la prueba de peritos". (1) (Casación, XL, Nº 1888, febrero 20 de 1934) 270, 1ª

PRUEBA PERICIAL

- Nº 151 -

Se alegaba la violación del artículo 79 de la ley 105 de 1890 por error de derecho en cuanto el Tribunal sentenciador había dado en el juicio valor de plena prueba a los dictámenes periciales rendidos.

"En cuanto al primer concepto, o sea error de derecho en la apreciación del dictamen pericial y consiguiente violación del artículo 79 de la ley 105 de 1890, observa la Corte que, de acuerdo con esta disposición, es al juzgador a quien corresponde apreciar la prueba pericial, ya acogiendo o rechazando los dictámenes periciales, ya adoptando el medio aritmético, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 653 del antiguo Código Judicial. El Tribunal con acierto ejerció la facultad que le concede el artículo 79 citado. La Corte tiene ya establecida la doctrina para fijar el alcance de esta disposición: 'La prueba pericial puede ser plena o no plena, según la estimación del juzgador, quien puede apreciarla como completa o como incompleta, según la fuerza de los fundamentos en que se apoyen los peritos'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo II, número 2035). 'No incurre el sentenciador en error de derecho cuando al apreciar los dictámenes de los peritos, que discuerdan en cuanto a la cantidad, prefiere el medio aritmético a la propia estimación que pudiera hacer, separándose de tales dictámenes". (Casación, XL, Nº 1887, junio 16 de 1932) 158, 1ª

PRUEBA TESTIMONIAL

- Nº 152 -

Se había demandado a la Nación para el pago de perjuicios que se pretendía que eran derivados del hecho de que la inundación de unos potreros había dependido de los cortes hechos por una draga en el canal del Dique.

"En la inspección ocular practicada en la primera instancia, los peritos José Alcibíades Castillo y Sebastián Alonso procedieron a avaluar los diferentes perjuicios que cobra el demandante dando por probado el hecho de que la inundación de los potreros del demandante había sido causada por los cortes de la canalización, cuando lo que debieron hacer fue exponer sus conceptos sobre la materia, es decir, establecer la relación de causalidad entre los cortes y la inundación. Y eso fue lo que no hicieron, pues se atuvieron a lo que sobre este punto habían dicho los testigos, y ya está visto que la prueba testimonial no es apta para apreciaciones que requieren conocimientos o prácticas especiales. Porque los testigos deponen sobre los hechos sujetos a los sentidos, es decir, sobre lo que ven, oyen, gustan, huelen o palpan, al paso que los expertos o peritos exponen sobre lo que saben o entienden en armonía con los principios o reglas de la ciencia o arte a que pertenece el punto sobre que versa su dictamen". (1) (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1889, junio 2 de 1932) 521, 1ª

(1) Se trataba de un cotejo de letras.

PRUEBAS

- Nº 153 -

"Las pruebas que obran en un juicio no sirven para otro si no se reproducen en éste". (Casación, XL, Nº 1888, febrero 27 de 1934) 288, 2ª

R

RECURSO DE CASACION

- Nº 154 -

Se inició el recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición en juicio de sucesión que no había sido objetada ni en tiempo ni fuera de él.

"Con arreglo a sostenida jurisprudencia de esta corporación, si los interesados no objetaban la partición durante el traslado que se les confería, según el artículo 1283 del Código Judicial vigente, cuando se efectuó la liquidación de los bienes de la sucesión del señor Luengas, se entendía que le daban su consentimiento, y el Juez tenía que aprobarla, de conformidad con el artículo 1286. En tal caso no podían acudir al recurso de casación para formular unas objeciones que en tiempo propicio no adujeron, porque ello constituía un medio nuevo, o sea sobre puntos no debatidos en las instancias". Cita la Corte en apoyo de su doctrina las de casación de 17 de diciembre de 1912 (GACETA JUDICIAL, Tomo XXII), de 5 de julio de 1919 (GACETA JUDICIAL, Tomo XXVII) y de 29 de septiembre de 1923 (GACETA JUDICIAL, Tomo XXX), y agrega: "Esta jurisprudencia también se amolda perfectamente a lo establecido en el artículo 964 del actual Código Judicial (ley 105 de 1931). Como ya se dijo, la partición en este juicio de sucesión no fue objetada en la ocasión oportuna por los interesados, ni colectiva ni individualmente. Luego, de conformidad con la doctrina que acaba de exponerse, no es dable resolver ahora acerca de los reparos que

(1) Concordancia: No. 3254, Tomo 3.o. Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

la demanda de casación plantea contra la sentencia del Tribunal, porque ellos no son otra cosa que objeciones a la partición. No objetada la partición, el Juez tenía que aprobarla y el Tribunal se hallaba en el deber de confirmar la aprobación (artículo 1286 del anterior Código Judicial)". (Casación, XL, Nº 1890, octubre 14 de 1932) (1)..... 577 1ª y 2ª

RECURSO DE CASACION

- Nº 155 -

El expediente de un juicio en que se había promovido un recurso de casación se devolvió por la Corte, anulando previamente el fallo recurrido, para que se profiriese una sentencia no deficiente. El actor recurrente había conferido poder a un abogado para que lo representara ante la Corte. Al proferirse la sentencia y volver de nuevo el juicio ante la Corte por recurso de casación del actor que había recurrido antes, se alegó por el opositor que el mandato conferido al abogado había caducado.

"Observa la Corte que el doctor Archila propuso y fundó el recurso en nombre de la parte demandante, como apoderado de ella, y que si la parte contraria estima que el poder que obra en autos no acredita tal representación, bien pudo haberlo alegado para reclamar del auto que concedió el recurso; pero una vez ejecutoriado ese auto y llegado el negocio a la Corte, sólo la parte interesada podría alegar que el recurso fue propuesto por persona que para ello no tenía su representación; pero en este recurso extraordinario, que no constituye una instancia del juicio, no tiene cabida el incidente sobre nulidad por ilegitimidad de personería, que sería a lo que podría dar lugar la observación del opositor". (Casación, XL, Nº 1887, julio 11 de 1932 (2). 183 2ª

RECURSO DE CASACION

Cuantía para el recurso.

- Nº 156 -

Negó el Tribunal la concesión del recurso de casación en un juicio de deslinde trocado en ordinario porque no alcanzaba la cuantía del pleito sino a la suma de $ 3,900 y no a $ 5,000. Estimaba el Tribunal que se trataba de un juicio especial. Dijo la Corte:

"Hay un punto en que teóricamente se hallan de acuerdo el Tribunal y el recurrente, y es que según el artículo 519 del Código Judicial, procede el recurso de casación en los juicios ordinarios cuya cuantía alcanza a $ 3,000. Solamente están inconformes sobre si la cuantía sea la misma para los juicios especiales que

(1) Concordancias: No. 1783, Tomo 2.o, Jurisprudencia de la Corte.

(2) Concordancia: No. 480, Tomo 3.o, Jurisprudencia de la Corte, 519, Tomo 2.o, números 1116 y 1117.

Págs.

se conviertan en ordinarios. No pertenece el presente a esta última categoría. Es ordinario directamente. En efecto: el apeo de los predios llamados 'Morales' y 'Morales de los Zúñigas', siguió todo su curso procesal, desde la demanda hasta la ejecutoria de la sentencia que fijó la raya, sin que se presentara contradicción por ninguna de las partes militantes, ni respecto del deslinde practicado ni respecto de la demanda misma de deslinde, únicos casos que autorizaban la conversión del juicio especial en juicio ordinario con arreglo al art. 272 de la ley 105 de 1890.

Más tarde, no habiendo habido objeción al deslinde, procedió el Juez a conferir la posesión a los dueños, y fue entonces cuando Manuel Santos Zúñiga y Ana Joaquina Zúñiga se opusieron a la entrega e instauraron una demanda, en que piden la declaración de nulidad del deslinde practicado y de la sentencia de diecisiete de junio que lo aprobó, y en subsidio, que dichos actos no les perjudican por no haber tenido parte en el juicio anterior. Tratándose, pues, de un juicio simplemente ordinario, y estimando la Corte con el Tribunal y con el recurrente que para la casación, en ese caso, basta la cuantía de $ 3,000, según el artículo 519 del Código Judicial, es innegable que ha debido otorgarse el recurso. Pero si se tratara de un juicio especial con carácter de ordinario, la Corte llega a la misma conclusión por los motivos siguientes: Vista la antimonia en el texto del artículo 519 del Código Judicial, que señala una cuantía para autorizar el recurso de casación contra las sentencias pronunciadas en los juicios ordinarios, y otra cuantía para autorizar su interposición contra las sentencias pronunciadas en los mismos juicios ordinarios contra las que aprueban las particiones y contra las que fijan la graduación de créditos en los juicios de cesión de bienes o de concurso de acreedores, no le queda al Juez más consejo que remontarse a las fuentes del precepto para averiguar el pensamiento del legislador, atendiendo las normas consignadas en los artículos 5º de la ley 153 de 1887, 27 y 30 del Código Civil, que dicen: '...La ley 105 de 1931 tuvo como antecedentes principales: a) El proyecto de Código Judicial, elaborado por la comisión que creó la ley 26 de 1924. b) El plan de modificaciones propuestas por la comisión de la Cámara de Representantes. c) Las objeciones del Poder Ejecutivo, que sugerían la conveniencia de algunas reformas, y d) Los debates definitivos, de los cuales procedió el nuevo código. Concretando la dificultad al tema del recurso de casación, los antecedentes se completan con los sistemas anteriormente en vigor, según las leyes 81 de 1886, 105 de 1890, 169 de 1896, 46 de 1903, 40 de 1907, 9º de 1920 y 11 de 1930. La primera de estas leyes, que introdujo la casación en el procedimiento civil, la extendió a las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Superiores en asuntos civiles, cuando la cuantía sea de $ 5,000. El ar-

Págs.

tículo 366 de la ley 105 de 1890, exigió que se tratara de sentencias de segunda instancia en juicio civil ordinario 'o que tenga carácter de tal', sobre hechos relativos al estado civil de las personas o sobre intereses particulares en juicio cuya cuantía exceda o sea de $ 3,000. En mil ochocientos noventa y seis se introdujo la primera reforma sobre división de cuantías, por el artículo 1º de la ley 169 de ese año, en el sentido de conceder el recurso así: a) En los juicios ordinarios civiles o que tengan carácter de tales, siempre que la cuantía sea o exceda de $ 3,000; y b) En los juicios de concurso de acreedores o de sucesión por causa de muerte, siempre que la cuantía de éstos sea o exceda de $ 6,000. Por consecuencia del desequilibrio de valores, producto de causas o fenómenos económicos, la ley 46 de 1903, artículo 1º, fijó otras cifras para las cuantías, pero conservó el sistema anterior, disponiendo otorgar el recurso en los juicios ordinarios o que tengan el carácter de tales, con cuantía de $ 10,000, y en los de concurso y sucesión, con cuantía de $ 20,000. El sistema de la ley 40 de 1907, artículo 149, sólo se diferencia de los anteriores en la prescindencia del juicio de concurso. Admitía la casación con cuantía de $ 1,000 en los juicios ordinarios o que tuvieran el carácter de tales, y con cuantía de $ 2,000 en los de sucesión. El artículo 1º de la ley 90 de 1920 elevó la cuantía a $ 2,000 para el primer caso y $ 3,000 para el segundo. Y la ley 11 de 1930, artículo 1º, aumentó a $ 3,000 lo primero y a $ 5,000 lo segundo. Sometido a los debates reglamentarios el proyecto de código preparado por la Comisión Revisora que nombró la Corte de acuerdo con la ley 26 de 1924, los informantes de la Cámara en mil novecientos treinta y uno, lo mismo que los informantes en mil novecientos veintiséis, no propusieron reforma del artículo 518, que dice: 'Con el fin de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 2,000: '1º Las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman ese carácter. 2º Las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas; y 3º Las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes o de concurso de acreedores. También pueden ser objeto del recurso las sentencias proferidas en el mismo grado de jurisdicción por los Tribunales en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil'. El precepto proyectado volvía al sistema de la ley 105 de 1890, con una cuantía fija para la casación, pero abarcaba además las sentencias de partición en juicios divisorios, de sucesión, de liquidación de sociedades y de graduación de créditos. El Congreso quiso que fuera así ley de la República. Empero —y ésta es la cuestión principal— el Poder Ejecutivo, antes de impartir su sanción al proyecto, presentó al

Págs.

Congreso un mensaje de objeciones, que dice en lo pertinente: "TERCERA OBJECION. (Cuantías para el recurso de casación). El art. 1º de la ley 11 de 1931, después de una consideración meditadísima y a espacio estableció que: ....'la cuantía para que puedan tener recurso de casación los juicios ordinarios o que se conviertan en ordinarios, será de tres mil pesos ($ 3,000) y para los juicios de sucesión, cinco mil pesos ($ 5,000)'. 'No obstante la salvedad hecha por el artículo 204 del nuevo código, como éste, en su artículo 519, fija expresamente la cuantía en dos mil pesos ($ 2,000), tanto en ordinarios como en sucesiones, para los efectos de aquel recurso, el artículo 1º de la ley 11 sí quedará derogado con grave perjuicio para la pronta administración de justicia, porque el trabajo de la Corte Suprema se aumentaría en forma tan pesada, que todos los asuntos sufrirían la consiguiente demora en su despacho. Sería de desearse que para la casación rigieran las cuantías señaladas por la ley 11 de 1931, debiéndose reformar en tal sentido el artículo 519 del código. En tal virtud, el Gobierno, se permite pedir muy atentamente al honorable Congreso, que reconsidere el inciso 1º del artículo 519, y en su lugar apruebe el siguiente: 'Artículo 519. Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia: cuando la cuantía alcance por lo menos a tres mil pesos ($ 3,000) en los juicios ordinarios, o a cinco mil pesos ($ 5,000) en los demás que en seguida se mencionan'. En el Congreso se acató el pensamiento del Gobierno y se procedió a adoptar la reforma aconsejada, pero la premura del tiempo fue parte quizá a que el artículo quedase mal redactado y de ahí su antinomia. Este recuento sí permite hacer un exacto comentario. 1º No pudo ser la voluntad del Congreso señalar una sola y única cuantía para la concesión del recurso en todos los juicios ordinarios y especiales enumerados. Eso salta a la vista. 2º El Congreso necesariamente se propuso acordar la cuantía de $ 3,000 para unos juicios y de $ 5,000 para otros. 3º La cuantía de $ 3,000 tuvo que corresponder a los juicios ordinarios o que se conviertan en tales, y la de $ 5,000 a los de particiones, concurso o cesiones de bienes, por estas razones: a) Porque la modificación aconsejada por el Poder Ejecutivo era la de determinar la cuantía de $ 3,000 para los juicios ordinarios, entre los que se cuentan, natural y lógicamente, los que adquieren ese carácter, siendo consecuente y necesariamente, y de $ 5,000 para los demás que se mencionaban en los restantes ordinales del artículo 518 del proyecto o 519 de la ley, desde luego que 'las pronunciadas (sentencias) en los juicios ordinarios o que asuman este carácter, a que se refería el numeral 1º, ya habían pasado al texto del primer inciso del artículo propuesto en el mensaje. De suerte que la cuantía de $ 5,000 abarcaba las sentencias men-

Págs.

cionadas en los numerales 2º y 3º, es decir: '2º Las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas; y 3º Las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes o de concurso de acreedores'. b) Porque no es de presumir que el Congreso quisiese romper la tradición legislativa ya indicada en punto a la cuantía menor para los juicios ordinarios y mayor para los restantes, tradición apoyada en razones avivadas por la doctrina y la experiencia. c) Porque si el espíritu del precepto no fuese el que corresponde al mensaje de objeciones, el texto primitivo del artículo 518 o 519 no había sufrido alteración; y d) Porque la comisión que estudió el mensaje de objeciones propuso que se declarase fundada la tercera y así se hizo. En consecuencia, la Corte estima que es correcto interpretar el texto legal (artículo 519 del Código Judicial), en esta forma: Pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en los juicios ordinarios o que asuman este carácter cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 3,000, y las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas, o gradúan los créditos en juicios sobre cesión de bienes o concurso de acreedores, cuando la cuantía alcance por lo menos a $ 5,000". (Casación, XL, Nº 1888, marzo 5 de 1934). Hay dos salvamentos de voto ..... 281, 1ª y 2ª y 282, 1ª

REGISTRO

- Nº 157 -

De la circunstancia de no aparecer en la nota de registro de una hijuela que se hubiese registrado en el libro de registro número 1º, deducía el sentenciador en un juicio sobre división ad valorem de una casa, que esa hijuela de dominio de la parte demandada no hacía fe en juicio y por ello creía fundada la excepción de la personería sustantiva de esta parte.

"Al poner al pie de las piezas de adjudicación y aprobación, practicadas en la sucesión de la señora Zea de Ferro, que siguió extrajudicialmente, la nota a que se contrae el artículo 2669 del Código Civil, el Registrador omitió señalar el libro en donde se había hecho el registro; mas de aquí no se desprende que tal registro se hubiera extendido en libro incompetente para el caso. Si, tratándose de la diligencia de registro, establece el artículo 2664, que ella no se anula por falta de alguna o algunas de las designaciones prevenidas en los artículos anteriores, siempre que, por lo que del mismo registro conste y por lo que resulte del título al cual se refiere, pueda venirse en conocimiento de lo que en tal registro se echa menos, con mayor razón no es lícito anular la nota de inscripción asentada en el instrumento, por el motivo, relativamente secundario, de no haberse expresado el libro en que el registro se cumplió; y a anular la nota equivale el prescindir de ella, para desconocerle su mérito probatorio al título. De otro lado, lo que prescribe el artículo 2673 del Código Civil, es que ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio, ni ante autoridad alguna, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en el código. Ahora bien: de la nota en cuestión no es dable deducir que el registro se llevó a cabo en oficina distinta de la correspondiente, ni que, como ya se insinuó, se hubiera consignado en libro incompetente. Dado el olvido del Registrador, lo más razonable es inferir que el registro se hizo en el libro procedente, ya que los instrumentos auténticos—y lo es la susodicha nota—llevan en sí la presunción de estar correctamente otorgados. Por esto estima la Sala que el Tribunal incurrió en un error de derecho al desconocerle valor probatorio a la hijuela de adjudicación y a la sentencia aprobatoria de ella, exhibidas por el demandante con el fin de acreditar que Ferro y Zea es condómino en el inmueble sobre cuya división versa el actual litigio; error que implica violación del artículo 2673 del Código Civil, por no haberse aplicado al caso que controvierte, merced a la interpretación desacertada que se le dio. He aquí por qué ha de ser infirmado el fallo recurrido". (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 30 de 1932) 551, 1ª

REGISTRO

- Nº 158 -

En un juicio ordinario sobre nulidad de la cancelación del registro de un embargo y sobre otros puntos, alegaba el recurrente que el Tribunal sentenciador había violado los artículos 2658, 2663, 2664, 2665 y 2667 del Código Civil.

"Se considera: La primera de las acciones promovidas en este juicio versa sobre la nulidad de la cancelación total del embargo de la finca de 'Macegal', fracción de 'Aguablanca', ubicada en el municipio del Espinal, decretado por el Juez 1º del Circuito del Guamo, en providencia de fecha trece de diciembre de mil novecientos dieciocho, y comunicada al Registrador del mismo lugar en nota de esta misma fecha. Tiene por causa la nulidad demandada, en concepto del demandante, el haber excedido el Registrador sus funciones cuando verificó la cancelación total de ese embargo, no habiéndola ordenado el Juez en esta forma, sino tan sólo en una parte de la finca determinada por linderos especiales, con el agregado de que el embargo, que había de subsistir, se determinó por medio de linderos de la otra parte de la finca. El demandado, a fuer de defensa, opuso, ya en la acción de mutua petición, entre otros medios, el ataque, consistente en redargüir de nulidad absoluta el embargo que se deja mencionado, a causa de no haber-

Págs.

se mencionado en la inscripción del embargo los linderos de la finca. El Tribunal, en vez de amoldarse a los términos de la demanda principal y decidir si la cancelación total del embargo era nula por causa de exceso de facultades cometido por el Registrador, se dio a examinar y decidir como asunto principal la nulidad del embargo mismo sobre que versaba la cancelación, para deducir que 'si el registro del embargo es nulo, no puede declararse nula la cancelación del mismo'. Ha pasado por alto el recurrente este proceder, que no se aviene con las normas legales de procedimiento, que ordenan que la sentencia debe recaer sobre la respectiva acción, en los diversos aspectos de causa, personas y objeto. La causa de la demanda principal era el exceso de facultades de un funcionario. La sentencia vino a recaer propiamente sobre la demanda de reconvención. Se hace este reparo, porque la Corte, al decidir el recurso, se halla constreñida a prescindir de la verdadera índole de la acción primera de la demanda principal. Cuanto a la acusación del recurrente, que se deja transcrita, la Corte observa: El artículo 2658 del Código Civil prescribe que los artículos o documentos que se presenten al registro han de contener, entre otras designaciones, los linderos de las fincas que son materia del acto o contrato sobre que versa el documento registrable. Este artículo es imperativo, y si bien está sancionado con la nulidad del registro, artículo 2664, ésta no es necesaria ni de aplicación ineludible, sino que la omisión que la origina ordinariamente puede subsanarse por ciertos medios, que son: o por los términos mismos de la inscripción, o por lo que resulte del título a que se refiere el registro. Estos medios subsidiarios, que pueden llenar al respecto las omisiones de la diligencia misma, demuestran que, como lo ha declarado la Corte en otras ocasiones, 'el no haberse expresado en la diligencia de registro de una escritura los linderos de la finca, es informalidad que no constituye causal de nulidad de la diligencia, si de esta misma y del título presentado se viene en conocimiento de lo que se echa de menos en aquélla, circunstancia ésta que hace válida la diligencia'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, Tomo II, número 2118). La doctrina así sentada, entraña siempre una cuestión de hecho, que consiste en averiguar si de la diligencia misma de inscripción y por lo que resulte del título a que ésta se refiere, se llega al conocimiento de la designación que se ha dejado de hacer, expresa y especialmente. Quiere esto decir que no se puede aducir el cargo de violación directa del artículo 2664 del Código Civil, como lo hace el recurrente, sin haberlo antecedido del motivo de error evidente de hecho o de derecho en la apreciación como pruebas de la inscripción del embargo y del documento sobre el cual ella versaba. El Tribunal, en efecto, para no dar aplicación al expresado artículo, se basó en este fundamento de hecho: 'En el presente caso, en el auto de embargo, que pudiera ser el título a que se refiere el registro, no se determinó el bien embargado, ni por sus linderos, ni tampoco de otra manera precisa y clara. De la diligencia de registro no aparece el requisito cuya falta se anota'. Olvidada por el recurrente la acusación relativa al error en la apreciación de estas dos pruebas a que alude el Tribunal, el cargo de violación directa es inoportuno". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 2 de 1932)..... 38, 2ª y 39, 1ª

Págs.

REGISTRO

- Nº 159 -

Alegaba el recurrente en juicio sobre reivindicación de unos terrenos, que como una de las escrituras hacía el traspaso de varios inmuebles situados en distintos círculos de registro, la escritura debió registrarse en todos y cada uno de ellos.

"...Es inexacto el aserto de que cuando se enajenan bienes raíces situados en distintos círculos de Registro, si no se hace la inscripción en todos no se transmite el dominio de aquellos cuyo título fue registrado en la oficina respectiva. Lo que ocurre es que cuando se deja de inscribir la escritura, en relación a uno o más bienes en la oficina correspondiente, el defecto se contrae a ellos, pero no abarca a los que se inscriben debidamente". (1).

Agregaba el mismo recurrente que no habiéndose registrado las hijuelas a que aludía en el libro de causas mortuorias, sino en el libro Nº 1º, no transmitieron a los adjudicatarios el dominio de lo adjudicado. Sobre esto último dice la Corte:

"Se considera: El recurrente no advirtió que aparece en la copia de cada hijuela que la sentencia aprobatoria de la partición fue registrada en el libro de causas mortuorias, y allí en ese registro pudieron incorporarse los linderos de la finca partida y las adjudicaciones respectivas. En caso semejante la Corte dijo: 'No encuentra la Corte que se haya quebrantado ninguna de las disposiciones citadas. No el artículo 756, que establece que 'se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de instrumentos públicos', por cuanto la copia traída a los autos de la hijuela formada a la señora Echeverría en el juicio de sucesión de la señora Hortensia Mariaca de Echeverría, aparece que la sentencia aprobatoria de la partición verificada en dicho juicio, fue registrada con fecha diez de junio de mil ochocientos noventa y tres, en la Oficina de Registro del Círculo de Antioquia, quedando también por consecuencia inscrita la sobredicha hijuela. Tampoco se ha infringido el artículo 757 por el mismo motivo'. (Tomo XXX, página 254, GACETA JUDICIAL).

En el caso que se estudia aparte del registro de la sentencia aprobatoria de la

(1) Concordancia: Nº 2122, tomo 2º, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

partición en el libro de causas mortuorias, fueron registradas las copias de las hijuelas en el libro número 1º.

Ya desde el año de mil ochocientos noventa al estudiar títulos de la misma naturaleza, otorgados en el Departamento de Antioquia, esta misma Corte comentando el artículo 2714 del Código Civil antioqueño, idéntico en esencia al 2652 del nacional, para demostrar que el registro de la sentencia aprobatoria de la partición implicaba el registro de las hijuelas, había dicho:

'Como se ve, el último de los pasajes copiados sólo exige, respecto de la herencia, que se registre la sentencia aprobatoria de la partición; pero no exige que se registre la copia de la cartilla de adjudicación, y no lo dice sin duda por no ser necesario tal registro comoquiera que la partición registrada comprende necesariamente las adjudicaciones parciales, esto es, las cartillas originales formadas a cada partícipe o divisionario. Y no se diga que, por tratarse de bienes raíces, las cartillas de adjudicación están comprendidas, entre los actos, contratos o documentos mencionados en los numerales 1 y 2 transcritos, y que por consiguiente deben registrarse, porque la disposición del numeral 7 es especial para la partición de la herencia, y por consiguiente, de preferente aplicación sobre las demás disposiciones generales, pues de lo contrario tal disposición sería inútil'. (GACETA JUDICIAL, página 310 del año V, 1890). Este pasaje da a entender que en el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, se incluye aquélla, y por lo mismo las adjudicaciones. Pero ya se ha visto que en el pleito que es materia de este fallo, aparte del registro de la sentencia aprobatoria de la partición en el libro de causas mortuorias, fueron inscritas las hijuelas en el libro número 1º, lo cual fue un exceso, pues tal inscripción, una vez hecha la de la partición en el lugar del juicio de sucesión, no se requiere sino en el caso de adjudicación de bienes raíces situados en distintos círculos de registro de aquél en que se siguió dicho juicio. Dados los hechos que se dejan expuestos, no existen las violaciones de las disposiciones legales que el recurrente apunta". (1) (Casación, XL. número 1889, agosto 19 de 1932) 457 2ª 458, 1ª

REGISTRO.

- Nº 160 -

Alegaba el recurrente sobre restitución de unos terrenos y otros extremos que como en una de las escrituras se hacía el traspaso de varios inmuebles situados en diversos circuitos de registro, la escritura debió registrarse en todos y cada uno de éstos.

"...Es inexacto el aserto de que cuando se enajenan bienes raíces situados en distintos círculos de registro, si no se hace la inscripción en todos no se transmite el dominio de aquellos cuyo título fue registrado en la oficina respectiva. Lo que ocurre es que cuando se deja de inscribir la escritura, en relación a uno o más bienes en la oficina correspondiente, el defecto se contrae a ellos, pero no abarca a los que se inscriban debidamente". (Casación, XL, Nº 1889, agosto 19 de 1932) (1) 454, 1ª

(1) Ya en sentencia de casación de fecha 26 de junio de 1931, publicada en el No. 1880 de la Gaceta Judicial, había dicho la Corte que «la sola inscripción de la sentencia aprobatoria de una partición no es suficiente si al mismo tiempo no se registra la partición para demostrar la tradición del dominio de los bienes partidos».

Págs.

REGISTRO DE LA SENTENCIA

- Nº 161 -

Alegaba el recurrente en un juicio de tercería excluyente que se había desconocido por el Tribunal la fuerza probatoria de una sentencia, por no haberse registrado.

"El fallo a que se refiere el cargo constituye una sentencia definitiva ejecutoriada, la cual está sujeta a la formalidad del registro, de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal 2º del artículo 2652 del Código Civil. 'Ninguno de los títulos, dice el artículo 2673 ibídem, sujetos a la inscripción o registro, hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este código'. Las disposiciones citadas son claras en su letra y en su espíritu, de modo que jurídicamente no puede ampliarse ni restringirse su alcance. Las sentencias definitivas ejecutoriadas, por ende, no pueden apreciarse como pruebas cuando carecen de la formalidad del registro. Sobre el particular es uniforme y constante la jurisprudencia de la Corte". (2). (Casación, XL, Nº 1889, septiembre 1932) 479, 2ª

REGISTRO DE LA SENTENCIA

- Nº 162 -

En un juicio sobre nulidad de un contrato y sobre otros puntos, en que se declaró probada la excepción de cosa juzgada, alegó el actor recurrente en casación que el Tribunal había dado valor de plena prueba a unas copias registradas de sentencias que no lo estaban. La Corte reconoció que por ese motivo sería casable la sentencia recurrida si no fuese porque en instancia llegaría a la misma conclusión a que llegó el sentenciador y sienta, sobre el punto del registro de las sentencias, esta doctrina:

"La Corte estima fundada esta acusación, pues ya en varias decisiones tiene

(1) Concordancia: No. 2122, Tomo 2.o, Jurisprudencia de la Corte.

(2) Concordancias: Nos. 936, Tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte, 3374, Tomo 3º

Págs.

establecido que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2637 del Código Civil, el registro de la sentencia debe verificarse sobre el original. Clara y terminantemente se dijo en casación de diez de febrero de mil novecientos veintiuno, que 'lo que debe registrarse es la sentencia original, no su copia', y, por consiguiente, las copias registradas de sentencias no registradas sobre sus originales no hacen fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2637 del Código Civil". (1). (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 27 de 1932) 548, 2º

REINCIDENCIA

- Nº 163 -

El reo condenado por homicidio en riña provocada por el occiso y aceptada por aquél, a la pena de nueve años de reclusión, atacaba la sentencia del Tribunal como violatoria, por dos aspectos, del artículo 140 del Código Penal, ya porque decía que para que el fenómeno de la reincidencia se verifique es necesario incidir en delito de la misma naturaleza del juzgado, ya porque no deben tenerse en cuenta para la reincidencia los delitos definidos en los artículos 601 a 604 del código penal.

"Se considera:—No tiene razón el recurrente, porque nuestro Código Penal no se refiere a la reincidencia específica, sino a la genérica; los términos del artículo 140 son muy claros; para que pueda buscársele una interpretación distinta. Dice así: ... Como se ve, este artículo nō habla de condenaciones anteriores por delitos o culpas de la misma especie del que nuevamente se juzgue sino en general de 'otro u otros delitos, culpas o tentativas' por los cuales se haya impuesto pena de presidio o reclusión'.

Por otro aspecto sostiene que se ha violado el artículo 140 mencionado, o sea, en cuanto por el segundo inciso de esta disposición, no se tiene en cuenta para calificar la reincidencia los delitos definidos en los artículos 601 a 604... y puesto que en el presente caso la responsabilidad por el nuevo delito ha quedado comprendida en el artículo 602, es decir, en la excepción, no es el caso de aplicar pena por reincidencia.

El Procurador sostiene la misma tesis fundándose en el inciso 2º del artículo 140, que contempla casos de responsabilidad atenuada por la concurrencia de circunstancias que la modifican por cuanto en el agente no influyó la perversidad como estigma determinante de la incorregibilidad sino una causa distinta que estimuló el acto y que si no es suficiente en el sistema penal para excusarlo absolutamente, sí lo es de relativa justificación; y apreciada así la cuestión, sería injusto entonces reputar reincidente a quien habiendo cometido con anterioridad un delito que le fue castigado, ejecute un nuevo acto punible en el caso, por ejemplo, de una riña no provocada ni aceptada por él, en la cual se vio envuelto de una manera puramente casual. Opina, por tanto, el Procurador que el Tribunal interpretó mal ese artículo 140 del Código Penal, y por consecuencia de esa mala interpretación aplicó indebidamente el artículo 142 ibídem. Se considera:—Las excepciones establecidas en el inciso 2º del artículo 140 tienen como fundamento la consideración de que quien delinque en esas circunstancias, lo hace impulsado por fuerzas extrañas, y su voluntad al determinarse al hecho criminoso es en cierto modo violentada, de suerte que no es propiamente un instinto perverso lo que inspira el acto delictuoso. No hay duda que ésas excepciones, porque la razón es la misma, tienen valor para no computar reincidencia, ya se trate de las condenaciones anteriores, o ya se trate del nuevo delito que se cometa, y como la responsabilidad en éste, por obra del veredicto del Jurado, correspondió precisamente a uno de esos casos de excepción por ser el artículo aplicable el 602, síguese que el reparo que en este capítulo de la demanda de casación hacen valer el recurrente y el señor Procurador, es fundado y debe prosperar". (Casación, XL, Nº 1889, mayo 16 de 1932) 484, 2ª

REIVINDICACION

- Nº 164 -

Criticaba el actor recurrente en un juicio de reivindicación el concepto del Tribunal de que en ninguno de los capítulos de la demanda se decía que el demandado fuera el actual poseedor de la finca reivindicada, a pesar de que ese carácter aparecía de las mismas pruebas presentadas por el demandado.

"Se considera:—El hecho de que la demanda se apoye en los artículos 946 y 971 del Código Civil, relativos a la reivindicación, y que el demandante hubiera pedido que el doctor Julio Z. Torres restituyera la finca con sus frutos, no es señal inequívoca de que se le hubiera demandado como actual poseedor de aquélla, porque, conforme al artículo 971 del Código Civil y las doctrinas de la Corte, que lo han interpretado, la acción de dominio también puede dirigirse contra el mero tenedor, quien también está entonces obligado a restituír la cosa con sus frutos. (Casación de diez y nueve de noviembre de mil novecientos trece, GACETA JUDICIAL, tomo XXIII)." (Casación, XL, Nº 1889, agosto 31 de 1932). "De modo, continúa la Corte, que al decir el Tribunal que no es claro que la demanda de reivindicación se dirigió en este caso contra el doctor Torres, en su carácter de poseedor, porque ni así lo expresa aquélla, ni resulta con certidumbre de afirmaciones

(1) Concordancias: Nos. 3375, 3379, Tomo 3.o, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

categóricas del demandante, como así es, no puede concluírse que incurriera en error evidente de hecho en la interpretación de la demanda, y con este error hubiera violado las disposiciones relativas a la reivindicación que cita el recurrente... Por consiguiente, no habiendo sido demandado el doctor Torres como poseedor, este punto no queda fallado, y no hay, por lo mismo, cosa juzgada al respecto. No puede, pues, reconocerse probado este cargo". (Ib.) (1) 474, 2ª

REIVINDICACION

- Nº 165 -

El recurrente en un juicio de reivindicación alegaba que no podía prosperar la acción reivindicatoria propuesta por el actor porque, en su sentir, para que pudiera prosperar esa acción era indispensable que el reivindicador hubiera estado en posesión material de la cosa reivindicada y hubiera perdido después esa posesión.

"Se observa:—La Corte tiene resuelto ya de modo definitivo, por constante y nutrida jurisprudencia, que no es necesario haber poseído materialmente para ejercitar la acción reivindicatoria. Así lo dice, entre otras cosas, la sentencia de fecha diez y seis de junio de mil novecientos quince, tomo XXV, página 51, en donde se lee: 'El recurrente estima violados directamente los artículos 946, 762 y 950, e indirectamente el artículo 1880 del Código Civil, al otorgar, dice, el Tribunal la acción reivindicatoria a una persona que nunca ha poseído y que por lo tanto no puede recuperar lo que no ha perdido, y que el actor ha debido solicitar la entrega o tradición de quien le vendió y no de terceros'. 'La tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro de instrumentos públicos, artículo 756 del Código Civil, y para que se verifique ese fenómeno jurídico no es necesaria la entrega material. De modo, pues, que quien adquiere el dominio de una finca raíz, por los medios que indica la ley, tiene todos los derechos de dueño, entre otros, el de ejercitar la acción reivindicatoria, sin que para ello sea preciso que haya tenido antes la posesión material, porque esta condición no la exige el artículo 946 del Código Civil" (1). (Casación, XL, Nº 1889, agosto 1º de 1932) ..... 430, 1ª y 2ª

REIVINDICACION

- Nº 166 -

Considerando la Corte en un juicio de reivindicación que el actor no había presentado la hijuela de adquisición en copia expedida por el Notario directamente, sino por el secretario de un Juzgado de Circuito que la tomó de la que figuraba en un juicio, concluyó que no se había comprobado el dominio con la prueba directa. Al casar la sentencia dijo la Corte en los fundamentos del fallo de instancia:

"Correspondía al reivindicador (la sucesión de Julia Corredor de Guzmán) la prueba de su dominio en el lote; y faltando, como falta, dicha prueba, pues que no sirve la ya dilucidada copia de la hijuela y la confesión no alcanza, tratándose de la propiedad de bienes raíces, que se halla sometida a régimen solemne, a suplir la ausencia del instrumento público, de conformidad con el artículo 1760 del Código Civil, el resultado del pleito no puede ser otro que la absolución de la demandada, en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 542 del Código Judicial anterior, que es el aplicable, merced a lo estatuído en el artículo 1228 del Código Judicial actual (ley 105 de 1931)" (2). (Casación, XL, Nº 1889, julio 30 de 1932) 434, 1ª

REIVINDICACION

- Nº 167 -

El demandado en un juicio de reivindicación que prosperó atacaba en casación la sentencia del Tribunal porque decía que no aparecía el proceso de la propiedad del actor sobre el terreno reivindicado por un tiempo suficiente para que la prescripción la sancionase de una manera definitiva, como que si era verdad que había títulos

(1) Concordancias: Nos. 4673, 4682, tomo 2º, **Jurisprudencia de los Tribunales**... Concuerda también con la doctrina de que la acción reivindicatoria se dirige contra el poseedor, el siguiente paso de una doctrina de la Corte Suprema chilena: "Considerando que la acción reivindicatoria debe dirigirse contra el poseedor de la cosa reivindicada y que los demandantes confesaban que los que poseían el terreno reivindicado eran terceros que no habían sido citados al juicio,, se suspendieron los efectos de la sentencia de primera instancia que fallaba la acción entablada, y se repuso la causa al estado de demanda. A. 1881, p. 1145, Nº 2012, C. Suprema". **Diccionario de Jurisprudencia de las Cortes de Justicia de la República de Chile).**

(1) Nº 2156, tomo 2º, de la **Jurisprudencia de la Corte.** Concordancias: Nos. 3402, 3409, 3417, tomo 3º En desacuerdo con esta doctrina legal se halla la del Nº 4685, tomo 2º de la **Jurisprudencia de los Tribunales.**

(2) Copiosa es la jurisprudencia de la Corte en este sentido. Con ella está acorde la de los Tribunales, y la jurisprudencia de los Tribunales chilenos, como puede verse por el siguiente paso del **Diccionario de Jurisprudencia,** de Ravest: "No puede reivindicar el que no ha adquirido el dominio que, tratándose de inmuebles, se adquiere por la inscripción..." (Diccionario de Jurisprudencia, tomo 2º). "Sólo puede demandar reivindicación el dueño", dice la doctrina número 10,100 del mismo **Diccionario de Jurisprudencia,** tomo 2º

Págs.

anteriores a la posesión del demandado el actor no se había preocupado por llevar al juicio toda la cadena de la titulación anterior.

"Considera la Corte que si el actor ha presentado una serie de títulos que acreditan su dominio, anteriores a la posesión material del demandado, y éste no opone otros que demuestren su derecho prevaleciente, no es necesario demostrar indefinidamente el derecho de los antecesores en el dominio que se alega. Y, por lo mismo, a quien alega el dominio como base de la reivindicación, le basta presentar para que su acción prospere, títulos anteriores a la posesión material del demandado, que no sean contrastados por otros que demuestren el mejor derecho del poseedor" (1). (Casación, XL, Nº 1886, junio 6 de 1932) 104, 1ª

REIVINDICACION

- Nº 168 -

Dídimo Reyes demandó a Julio Posada en juicio de reivindicación de una casa, ganando el pleito. Contra la sentencia del Tribunal recurrió en demanda de casación el demandado, alegando la segunda causal de casación que reconocía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, basada en varios motivos, y como primera causal la violación del artículo 279 del Código Judicial.

"Primer motivo.—El demandante propuso la acción principal de dominio y la subsidiaria del pago de unas mejoras. Ninguna comprendió el pago del precio de la casa, y sin embargo el Tribunal condenó a Posada a esa prestación no solicitada en la demanda. Ello es evidente, pero para condenar el fallador a esa prestación, invocó el artículo 279 del Código Judicial vigente al tiempo del fallo (2), basado en que Posada, al contestar la demanda, afirmó, al replicar al hecho 6º, que no solamente era actual poseedor, sino legítimo dueño. La sanción impuesta por el artículo 279 del Código Judicial es una consecuencia de la acción reivindicatoria, que no hay necesidad de hacer valer en la demanda, como no hay necesidad de hacer valer las demás prestaciones que debe el poseedor vencido en juicio reivindicatorio, tales como frutos, intereses, etc., etc. Es muy razonable que el demandado responda por el valor de la cosa reivindicada, cuando al contestar la demanda acepta el hecho de que él es el poseedor, pues sería burlar las resultas del juicio de reivindicación, que el que se confesó poseedor al contestar la demanda, quedara exento de toda responsabilidad cuando la cosa se hallare en manos de terceros. Conviene advertir que en la sentencia que cita el recurrente en el juicio ordinario entre Marroquín y Pérez, no se sentó la doctrina de que hay que instaurar un nuevo juicio para hacer valer el derecho que consagra el artículo 279. Allí lo que se dijo fue en relación con este artículo: 'ahora bien, conociendo como conocía ese título el actor, que demuestra el dominio de una sociedad conyugal, hubo error de derecho al demandar a la sucesión ilíquida de Jenaro Rodríguez que no era poseedora de la cosa que se reivindica, error que constituye presunción de mala fe, como lo dispone el artículo 768 del Código Civil'. El segundo motivo en que se apoya la segunda causal, está virtualmente incluído en el primero, pues allí se vuelve a sostener que el sentenciador falló fuéra de la litis contestación al condenar a Posada al pago del valor de la casa. No prospera esta segunda causal. Como primera causal invoca el recurrente la violación del artículo 279 del Código Judicial, por varios motivos, a saber: 1º Esa disposición fue indebidamente aplicada al caso del pleito, porque la demanda versó sobre la acción reivindicatoria apoyada en hechos anteriores a la demanda y el artículo infringido no tuvo ninguna relación en dicha acción. —Se observa: ya se ha dicho que ese artículo impone una sanción para quien sea demandado como poseedor de una cosa sin serlo y acepta en ese carácter la demanda, sin ser así, para evitar que sea frustránea la acción intentada, y también se ha sentado que ese artículo no es extraño a la acción reivindicatoria, sino, por el contrario, una necesaria consecuencia de ella, un accesorio al cual puede el Juez condenar, cuando se demuestre en autos que el demandado aceptó, al contestar la demanda, la condición de poseedor sin serlo, y que el demandante no obró de mala fe al demandar así, cosa que no se ha probado, ni siquiera alegado al presente. El segundo motivo está concebido así: 'Tratándose del dominio de inmuebles y de las controversias a que dé lugar, no tiene aplicación el artículo 279 del Código Judicial. ¿Por qué? Por dos razones: la una, porque el régimen de la propiedad mueble es muy distinto del régimen de la propiedad inmueble. Todo lo concerniente a esta última, es público, ya que para hacerlo así se creó el registro, como lo enseña el artículo 1637 del Código Civil. La otra, porque las relaciones jurídicas de este linaje y los efectos civiles de ellas, están regulados por el Código Civil, principalmente por los artículos 953, 954, 955, 956 y 957, disposiciones de preferente aplicación, como lo manda el artículo 5º de la ley 57 de 1887. El artículo 279 del Código Judicial introduce una ilegítima alteración al régimen adoptado por el Código Civil. Siendo la presente una controversia sobre bienes inmuebles, no teniendo aplicación el artículo 279 del Código Judicial, y habiéndolo aplicado el Tribunal, es evidente que lo violó'. —Se replica: el artículo 279 se refiere tanto a los muebles como a los inmuebles, pues ambas especies de bienes están sujetas a la acción reivindicatoria y la palabra COSA allí empleada no se refiere exclusivamente a los bienes mue-

(1) Concordancia: Nº 2168, tomo 2º, Jurisprudencia de la Corte.

(2) Artículo 214 del nuevo Código Judicial.

Págs.

bles, porque ella dice relación tanto a los bienes muebles y raíces, como lo dispone el artículo 654 del Código Civil. También se considera violada esa disposición (279), por no aparecer comprobados los requisitos que ella exige para su aplicación, así: a) Porque el actor fundó la demanda en que el demandado era poseedor actual y el demandado aceptó el hecho, luego había que condenarlo en ese carácter de poseedor, y no en el de no poseedor, como lo hizo el Tribunal, porque la litis contestación así quedó circunscrita. Se advierte: si la tesis del recurrente prosperara, no podría aplicarse la disposición del artículo 279 en ningún caso, porque ella supone que el demandado haya aceptado que la cosa está en su poder, quedando por ende la litis contestación limitada a ese estado o calidad jurídica, es decir, tendría que considerarse siempre como poseedor, apareciendo que el demandado no posee la cosa, pero que sí aceptó esa calificación de poseedor. Dícese en segundo lugar que el demandante no comprobó su derecho de dominio porque en la cadena de sus títulos hay solución de continuidad por haberse anulado el contrato celebrado entre Emilio e Ignacio Madriñán, causante éste del demandante. Ese reparo se hace para demostrar la violación del artículo 279 por no reunir el requisito aquí señalado por el recurrente. Párese la atención en que si el demandante no demostró su dominio y a pesar de ello el Tribunal se lo reconoció, lo que se habría violado serían las disposiciones sobre propiedad y reivindicación a consecuencia de la mala apreciación de las pruebas de ese hecho y por ese aspecto no se tacha el fallo". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 4 de 1932) ..... 41, 2ª y 42, 1ª y 2ª

REIVINDICACION BASADA EN EL HECHO DE UNA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

- Nº 169 -

Alegando María de los Dolores Amézquita, en los hechos de su demanda, que había poseído por más de treinta años un solar donde construyó una casa a su costa, lo reivindicó de Luis M. Duque, el cual había comprado el solar y la casa, poco antes de la fecha de la demanda, a Luis María Mejía. Prosperó la acción y en casación alegó el demandado que si conforme al artículo 1871 del Código Civil vale la venta de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del dueño, "el título de dueña de la Amézquita debió exhibirse con la demanda, o traerse durante el término probatorio, y en parte alguna aparece tal título. Existe, pues, violación de las disposiciones citadas (los artículos 740, 745 y 1857, C. C.), porque la sentencia desconoce un título legal y le atribuye el dominio a la expresada señora, amparándola con la prescripción extraordinaria, que ella no indicó en la parte petitoria." Dijo la Corte:

"Se considera:—Carece de razón el recurrente al formular el presente reparo. En el caso de venta de cosa ajena, el dueño que va a reivindicarla no tiene por qué demandar la nulidad de la venta, ni ésta es nula, como que, por el contrario, el artículo 1871 del Código Civil la declara válida. Al reivindicador le basta dirigirse desde luego contra el poseedor, con aducción de su título. Aplicando este principio jurídico al caso actual, hay que deducir que la señora Amézquita no estaba obligada, como lo cree el recurrente, a pedir la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre José María Mejía y el señor Duque, contrato que tiene la validez de la venta de cosa ajena, y que pudo establecer directamente la acción contra el demandado, apoyando su dominio en el título de prescripción extraordinaria. Por lo demás, no era preciso que este título lo indicara en la parte petitoria del libelo, pues ya lo había manifestado en los hechos 1º y 5º de la expositiva. Por tanto, no se descubren las violaciones alegadas en el actual motivo". Los motivos restantes, que se refieren a cargos diferentes, fueron también desechados por la Corte y, por tanto, no casó la sentencia recurrida (1). Casación, XL, Nº 1889, agosto 31 de 1932) 476, 2ª

REPRESENTACION LEGAL DEL MARIDO

- Nº 170 -

Se declaró nulo un juicio de división de bienes comunes por no haberse notificado la demanda de división a una mujer casada, sino a su marido, lo que implicaba, según el Tribunal, falta de consentimiento de aquélla. En casación sostuvo el recurrente que se había violado el artículo 62 del Código Civil.

"Se considera:—Instituye el artículo 62 del Código Civil, que el marido es el representante legal de la mujer que vive bajo su potestad, y armónica con esa institución, establece el artículo 181 de la misma obra que 'sin autorización escrita del marido no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí ni por procurador, sea demandando o defendiéndose', salvo en causa criminal o de policía que se siga a la mujer, y en los litigios de ésta contra su marido o de éste contra aquélla. Exceptuados estos casos, el precepto con-

(1) Artículo 214 del nuevo Código Judicial.

(1) Concordancias: Nos. 3410, 2424, tomo 3º, Jurisprudencia de la Corte. Concuerda con esta doctrina la jurisprudencia chilena: "Hay lugar a la demanda reivindicatoria fundada en más de treinta años probados de posesión material, porque se probó esa posesión..." (Diccionario de Jurisprudencia de las Cortes de Justicia de la República de Chile, 10086, tomo 2º).

Págs.

sagrado en esos dos artículos es general, aplicable a toda clase de juicios, y no le es dado al juzgador desvirtuar esa generalidad por medio de distinciones no establecidas por la ley. Acorde con ese precepto, establecía el artículo 310 del Código Judicial de 1887, este otro precepto, también general: 'cuando se entable demanda contra una mujer casada, debe notificarse previamente a su marido, si éste se hallare presente en el lugar del juicio'.

Esta disposición no sólo entraña un homenaje a la potestad marital, sino que, a la vez, estimula el deber que la ley impone al marido, de proteger a la mujer, y cede en pro de los intereses de la sociedad conyugal, que bien pudiera salir afectada por las resultas de un juicio inopinadamente aceptado por la mujer sin conocimiento del marido. Notificado previamente el marido de la demanda entablada contra su mujer, es potestativo de él decidir si debe asumir en el juicio la representación legal de ésta, o si la autoriza para comparecer por sí, haciendo ella su propia personería. Es éste el único alcance que ha de concedérsele a la expresión

PREVIAMENTE, usada en el artículo 310 del Código Judicial. Pero agrega el opositor que 'si no fuera suficiente la cita de los anteriores preceptos para demostrar que la ley quiere que la mujer casada sea notificada expresa y personalmente de la demanda que contra ella se intenta, todavía podría citarse el caso contemplado en el inciso 2º del artículo 1379 del Código Civil, que dice así a la letra: '.....Sin entrar en otras consideraciones, basta hacer presente, en contra de lo afirmado por la parte opositora, que es regla general establecida por la ley, que 'el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer' (artículo 1805 del Código Civil), y que es, además, el representante legal de ésta, no necesitando de su autorización ni de su consentimiento para comparecer por ella en juicio. Las excepciones a esa regla han de ser, pues, expresas, precisas y de estricta interpretación, de modo que la condición impuesta al marido de obtener el consentimiento de su mujer, o el de la justicia en subsidio, para provocar la partición de los bienes en que aquélla tenga parte, no puede hacerse extensivo al caso de que un comunero provoca judicialmente la división de un bien en que es condueña una mujer casada, para obligar a ésta a ponerle término a la comunidad. En este caso el marido no necesita comprobar el consentimiento de su mujer ni obtener el de la justicia en subsidio para comparecer en el juicio en representación de aquélla. Por todas estas razones, la Corte estima fundado este primer cargo". (Casación, XL, Nº 1890, noviembre 14 de 1932). ..... 624, 2ª y 625, 1ª

Págs.

RESPONSABILIDAD CIVIL

- Nº 171 -

Se alegaba que el sentenciador había violado los artículos 2343 y 2344 del Código Civil, en un juicio sobre pago de unos perjuicios demandados, al no considerar que el demandado era responsable de ellos por el hecho de la sustracción de un ganado.

"Si, como lo sostiene el autor del recurso, la demanda se fundó en la sustracción fraudulenta del ganado por parte del demandado Plácido Londoño, no incurrió el Tribunal en un error de hecho al decir que para que prosperara la acción contra dicho demandado, debió comprobarse el fraude o dolo de parte de éste y la confabulación con Roque del mismo apellido para la sustracción del ganado, porque, conforme al art. 1516 del Código Civil, el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás casos debe probarse. El hecho aislado del secuestro, obtenido a petición de Plácido Londoño, no es suficiente para deducirle responsabilidad a favor de Arango C., sin constar que éste gozara siquiera de la tenencia del ganado al tiempo del secuestro. El artículo 2341 del Código Civil, uno de los que el recurrente considera violados, establece que 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. Lo cual quiere decir que si el perjuicio se demanda por dolo o fraude, éste debe probarse, y si el perjuicio que se demanda proviene de culpa de otro, debe acreditarse que el demandado ha incurrido en ella, sea por un hecho o por una omisión suya". (Casación XL, Nº 1887, julio 28 de 1932). 222, 1º

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

- Nº 172 -

El doctor Jesús María Henao Defrancisco se hallaba ejecutando unos trabajos profesionales de ingeniería por cuenta de la Compañía de Energía Eléctrica de Chiquinquirá cuando fue herido gravemente en la cabeza por una piedra o fragmento de roca que, al reventar, lanzó el taladro preparado y encendido por los obreros del Ferrocarril Central de Norte, empresa de propiedad de la Nación, a la cual demandó el doctor Henao para el pago de perjuicios.

"La acción aquí ejercitada, desde el punto de vista sustantivo, aparece fundada en los artículos 2341, 2349 y 2356 del Código Civil que establecen y reconocen la responsabilidad civil por las culpas y delitos que infieren daño a otro y especialmente de la responsabilidad de los amos del daño causado por los criados o sirvientes, con ocasión de servicios pres-

Págs.

tados por éstos a aquéllos, con la salvedad de quedar exentos de ella '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 modo de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente', pues dice el artículo 2349 citado—'en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes'. Los autores y la jurisprudencia han fundado la responsabilidad aquí establecida, bien en una relación de autoridad o señorío de quien es sujeto en la esfera de intereses económicos, por virtud de la dirección que en desarrollo de esos mismos intereses le corresponde dar a sus criados o dependientes; o por la relación de causalidad existente entre el dueño y su patrimonio, o de quien ha extendido su actividad y en ejercicio de la misma perjudica a los terceros, o en la representación especial que existe tácitamente establecida entre el dependiente y el amo. Y últimamente, en el organismo que constituye la empresa, organismo que tiene por cabeza al propietario responsable y por miembros a aquellas personas de quienes él se vale para ejercitar su actividad, siendo equitativo que el jefe responda por los miembros, sin que valga objetar que el salario del dependiente pudiera obligarlo conjuntamente en la responsabilidad, pues la limitación del mismo y la ilimitación del beneficio del patrón, jurídicamente establecen diferencia, haciendo recaer la responsabilidad en el último. Siendo este mismo criterio el que autoriza extender, por la identidad de circunstancias, la responsabilidad hasta las entidades de derecho público cuando ejercen sus actividades incrementando su patrimonio privado; responsabilidad que según el artículo 2349 que se comenta, nace también del obrar del prepósito, o sea la persona que ocupa el lugar de otra en gestión determinada, que procede bajo sus órdenes, bajo la supervigilancia del patrón, de manera que es este último quien obra voluntariamente por mediación del primero.

. . . . . .

. . . . . "Y en estas circunstancias haciendo correcta aplicación de la disposición del artículo 2349 del Código Civil, idéntico en su fondo al 1384 del Código Civil Francés, inciso 3º, y apreciando la jurisprudencia francesa, que interpreta este artículo considerando responsable 'al empresario que ha contratado a destajo con una compañía de ferrocarriles la ejecución de ciertos trabajos, debe considerarse como el prepósito de esta compañía, en el sentido del artículo 1384, cuando resulta del conjunto de obligaciones que le fueron impuestas, que la Compañía había conservado el control de esos trabajos, no solamente con el fin de asegurar su buena realización, sino también desde el punto de vista de las responsabilidades que podían sobrevenirle respecto del estado, de las comunas o de los particulares; que en consecuencia, la compañía es civilmente responsable de los accidentes que en este caso, puedan imputarse a la imprudencia o a la negligencia del destajero'. (Corte de Orleans, sentencia de 18 de julio de 1867, D. P. 67, 2, 136). Se ha sentenciado también que una compañía de ferrocarriles es responsable respecto de terceros, de los accidentes sobrevenidos en la realización de los trabajos, aun ejecutados a precio fijo por un empresario, cuando estos trabajos han sido realizados bajo la autoridad de sus ingenieros, y que, en este caso, el empresario debe ser considerado como un verdadero prepósito de la compañía. (Corte de París, sentencia de 30 de enero de 1864, D. P. 64, 2, 215; sentencia de 17 de mayo de 1865, D. P. 65; 1, 373). Igualmente se ha sentenciado por la Corte de Rouen, en 17 de febrero de 1868 que 'paralelamente la Compañía de Ferrocarriles que, contratando a destajo con un empresario la construcción de un ferrocarril, declara reservarse la supervigilancia de la ejecución de los trabajos, es responsable de los accidentes que la negligencia del empresario ha causado a los obreros por él empleados; que el empresario debe, en efecto, ser considerado entonces como el prepósito de la Compañía; que la cualidad de empresario a destajo no tiene nada de incompatible con la de prepósito.' Así también, según sentencia de la Corte de París, de 30 de enero de 1864, arriba citada, se ha decidido 'que una Compañía de Ferrocarriles, que conserva necesariamente la dirección general de la Empresa, aun en el caso en que los empresarios trabajen a destajo, por todo lo que dice relación a las precauciones que se deben tomar en interés de la seguridad pública, es responsable de los accidentes que puedan ser causados por la ausencia de estas precauciones.' De suerte que, de acuerdo con esta jurisprudencia, y puesto que se encuentra demostrada la dependencia existente entre el daño causado al actor Henao de Defrancisco y los actos realizados por Gumersindo Rodríguez, obrero de Daniel Ortiz, destajero de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, Empresa de propiedad del Estado demandado, hay que concluír que la responsabilidad del propietario en este caso se halla comprometida por el obrar de sus dependientes, de acuerdo con la disposición del artículo 2349 del Código Civil, materia de este comentario." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1888, marzo 23 de 1934) . . . . . 391, 1º y 392, 2º

Págs.

RESTITUCION DE FRUTOS

- Nº 173 -

El demandado recurrente en casación contra la sentencia que decretó la resolución de un contrato de compraventa por falta de pago total del precio, alegó en el recurso que el Tribunal había violado el artículo 1932 del Código Civil. Consistía el cargo en que por el contrato materia de

Págs.

la litis no se pactó la condición resolutoria de modo expreso, única que resuelve ipso facto el contrato, sino que apenas se trata de una condición resolutoria tácita, y este fenómeno no se produce sino por sentencia firme que decreta esa resolución, como lo dijo la Corte en el fallo que cita el recurrente, del año de 1896. Que si bien el artículo 1932 del Código Civil da al vendedor derecho a frutos, no expresa cuáles sean; pero como el artículo 1545 del mismo Código excluye de la restitución los frutos percibidos por el comprador en el tiempo intermedio, debe concluírse que los frutos debidos por el comprador al decretarse la resolución, son únicamente los posteriores a la notificación de la demanda.

"Se considera: El cargo no es fundado, porque la Corte ha declarado en varios fallos, modificando la doctrina consignada en el que cita el recurrente, que el artículo 1545 del Código Civil no es aplicable al caso de resolución de la venta por no pago del precio, sino el artículo 1932, por ser especial, ya que el mismo artículo 1545 deja a salvo, en cuanto a frutos, lo que la ley, el donante o las partes estipulen en casos especiales, y precisamente la ley, en el artículo 1932, da una regla especial para la restitución de frutos, o sea que el poseedor vencido en la resolución debe frutos en proporción a la parte del precio que dejó de pagar. Desde cuándo? Naturalmente desde que el comprador recibió la cosa; porque si bien parte de esos frutos se compensa con los intereses de la parte del precio que se ha pagado, en cuanto a la parte no pagada representan el goce de la cosa que viene desde la entrega de la cosa vendida, y no es justo que, no obstante la mora en que el comprador ha incurrido, el vendedor quede privado de esa parte de frutos. Por consiguiente, al partir el Tribunal para la restitución de frutos, en este caso desde la fecha del contrato, en que se dice se entregó la cosa al comprador Romero, lejos de violar el artículo 1932 del Código Civil, tomó el punto de partida que indica este texto legal, y por este aspecto no pudo violarlo al aplicar tal disposición, ni el artículo 1545 del mismo Código, por no ser aplicable." (Casación, XL, Nº 1886, mayo 30 de 1932)..... 80, 2ª

Atacaba igualmente el vendedor demandante la sentencia del Tribunal y argüía que había incurrido en el error consistente en considerar al poseedor vencido como de buena fe, contra disposición especial del artículo 1932, desatendiéndola abiertamente y dando preferente aplicación a la del artículo 1545; manifestaba, además, que al poseedor vencido sólo se le considera como poseedor de buena fe, cuando, conforme al inciso último del artículo 1932, a la doctrina de expositores y a la jurisprudencia de la Corte citada por el recurrente, dicho poseedor comprueba que ha sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hagan imposible cumplir lo pactado. La Corte confuta así el cargo:

Págs.

"El cargo no es fundado, porque el inciso 1º del artículo 1932 del Código Civil es especial, y en él se contempla únicamente la compensación para el vendedor entre los frutos de la cosa en relación con la parte de precio que ha dejado de pagar el comprador, sin tener en cuenta la buena o mala fe de éste, porque la disposición no lo dice. Y el hecho de que el inciso 2º del mismo artículo sólo considera de mala fe al comprador para el efecto de restitución de expensas y pago de deterioros, está indicando, como dice el Tribunal, que para la restitución de los frutos no se le considera con ese carácter. Así lo resolvió la Corte en sentencia de casación de 29 de junio de 1919 (GACETA JUDICIAL, número 1415). De modo que al ordenar el Tribunal en el numeral 2º de la parte resolutiva de su fallo, que el demandado Romero debe restituir al demandante González los frutos naturales y civiles que el lote materia de la resolución haya producido desde el cuatro de agosto de mil novecientos veinticuatro, fecha del contrato, lejos de haber violado los artículos 1545 y 1932 del Código Civil, los interpretó y aplicó rectamente". (Ib. loc. cit.)

REVISION

- Nº 174 -

Como fundamento de su sentencia en la solicitud de revisión de un proceso criminal, adujo la Corte los razonamientos expuestos en sentencia de fecha 24 de julio de 1926, que en lo pertinente dicen:

".....Al referirse la ley a hechos nuevos, entiende la Corte que los tales deben ser de una naturaleza semejante a los que aquélla expresa en las causales primera y segunda; hechos reveladores, con plena certeza, de que el delito no fue cometido, y que la responsabilidad que se atribuyó en el proceso constituye un flagrante error judicial". (Sentencia, XL, Nº 1890, septiembre 30 de 1932)..... 649, 1ª

S

SEGUNDA CAUSAL

- Nº 175 -

Véase la doctrina de casación contenida bajo el epígrafe "Excepción", de fecha 3 de agosto de 1932..... 436, 1ª

SEGUNDA CAUSAL DE CASACION

- Nº 176 -

(Véase la doctrina expuesta bajo el título de "Incongruencia").

Págs.

SEGURO

- Nº 177 -

En los contratos de seguro la póliza es la ley por cuyas cláusulas, estricta y preferentemente aplicadas, deben resolverse las cuestiones que ocurran entre asegurado y asegurador, y sólo a falta de pactos lícitos, expresamente consignados en la póliza, son aplicables suplementariamente las disposiciones del Código (Artículo 14, Ley 27 de 1888). (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 3 de 1932)..... 539, 2ª

SEGURO

- Nº 178 -

Véase la doctrina contenida bajo el título "Pago del valor del seguro".

SENTENCIA

- Nº 179 -

La Corte, en varias decisiones, ha resuelto que las consideraciones de una sentencia, tomadas aisladamente, son simples conceptos que por sí solos no causan lesión alguna, ni pueden dar origen al recurso de casación, si no han influído en la parte resolutiva del fallo. (Véase GACETA JUDICIAL, tomo VI, página 264, y tomo XIX, página 164, columna 1ª) (Casación, XL, Nº 1890, octubre 26 de 1932). 597, 1ª

SENTENCIA ABSOLUTORIA

- Nº 180 -

La sentencia absolutoria resuelve todas las peticiones de la demanda y guarda consonancia con ella. (Casación, XL, Nº 1886, junio 3 de 1932)..... 91, 2ª

SENTENCIA DEFINITIVA

- Nº 181 -

Por sentencia de la Corte Plena fechada el 10 de marzo de 1933 se declaró que no eran inexequibles los artículos 2º, 6º (apartes c) y d), y 13 (aparte d) del Decreto Ejecutivo número 945 de 1931 (mayo 29), sobre impuesto de canalización; 2 y 16 del Decreto número 1031 de 15 de junio de 1931, por el cual se adiciona y modifica el número 945, y el artículo único del Decreto número 1116 de 30 de junio de 1931, por el cual se aplaza la vigencia de algunas disposiciones (impuesto de canalización). Manifestaba un acusador de esas disposiciones que si bien había salido sentencia en contra de sus pretensiones, pedía que la Corte profiriese un nuevo fallo, para que se subsanasen los errores de que en su concepto adolecía el primero.

Págs

"No le es dado a la Corte satisfacer los deseos del demandante, como quiera que los términos en que le ha sido conferida la función de guardián de la Constitución por el artículo 41 del Acto Legisaltivo número 3 de 1910, expresan claramente que los fallos que en ejercicio de aquella función dicte la Corte, tienen el carácter de definitivos, y en tal virtud se hallan revestidos de los atributos a que a esta clase de fallos otorga la ley procesal, entre los cuales se cuenta el de no poder ser reformados ni revocados por el Tribunal que los ha proferido, así como el de hacer tránsito a cosa juzgada, y el de la consiguiente nulidad de toda sentencia posterior que les sea contraria (artículos 473, 474, 476 y 482 del Código Judicial). No otro alcance puede dársele a la expresión 'decidir definitivamente' empleada en el texto constitucional antes citado". (Auto de la Corte Plena, XL, Nº 1886, noviembre 13 de 1933)..... 21, 1º y 2º

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS

- Nº 182 -

Se presentó una sentencia sobre interdicción judicial por causa de demencia pronunciada por la primera Sala del Tribunal de primera instancia del Departamento del Sena, en París. La Corte negó el cumplimiento de esa sentencia por no haberse probado qué fuerza tienen en Francia las sentencias dictadas por los Tribunales colombianos. Citó la Corte una doctrina suya anterior proferida en caso análogo. (Auto, XL, Nº 1889, agosto 2 de 1392..... 434, 2º

SENTENCIAS DICTADAS EN PAISES EXTRANJEROS

Cuándo tienen fuerza en Colombia

- Nº 183 -

Se pedía el cumplimiento de una sentencia proferida por la primera Sala del Tribunal de primera instancia del Departamento del Sena, en París, sobre interdicción judicial de una señora.

"Según la nueva ley judicial (artículo 555), para que una sentencia dictada en país extranjero tenga fuerza en Colombia, es indispensable que esa fuerza sea reconocida por tratados públicos, y a falta de éstos, la fuerza que tenga en Colombia es la que en el respectivo país se le otorgue a las sentencias dictadas por los Jueces colombianos. Ahora: en este asunto no se ha traído la prueba, consistente en tratado público que exista entre Colombia y Francia, para poder saber qué han estipulado estos dos países sobre la fuerza de las sentencias judiciales pronunciadas en uno de ellos para cumplirse o ejecutarse en el otro, y a falta de esa prueba principal ha debido acompañarse

Págs.

la supletoria, es, decir, demostrar qué fuerza tienen en Francia las sentencias dictadas en Colombia, y si allí pueden ejetarse. Faltando esas comprobaciones, no puede la Corte ordenar lo que solicita el apoderado de la señora Cristina Montejo de Gutiérrez". (Auto de la Sala de Casación Civil, XL, Nº 1887, junio 30 de 1932). 165, 2ª

SEPARACION DE BIENES

- Nº 184 -

En juicio de separación de bienes alegaba el demandado recurrente contra la sentencia del Tribunal que había decretado la separación, que el amancebamiento del marido no se había comprobado en la forma preceptuada por el Código Penal.

"La Corte considera: El artículo 154 del Código Civil se refiere al 'amancebamiento del marido'; y amancebamiento, en su acepción general, es trato ilícito y habitual de hombre y mujer. El capítulo 5º del Título 8º del Libro 2º del Código Penal castiga el amancebamiento público (así denomina el delito), requiriendo para ello las notas de publicidad y escándalo, como se ve en el artículo 451. De suerte que las dos disposiciones, la civil y la penal, no entrañan un concepto idéntico, pues la del Código Penal es más restringida y exigente. Puede haber un amancebamiento sostenido sigilosamente, y que en tal virtud escape a la sanción de este Código; pero a la ley civil no le es indiferente semejante situación, capaz de producir graves perjuicios a los intereses de la sociedad conyugal y de la mujer casada, en el caso de que sea un marido el amancebado sigiloso. Por tal motivo no es dable afirmar que el Tribunal de Pereira hubiera interpretado erróneamente el artículo 154 del Código Civil, al estimar que el trato ilícito y continuado de hombre y mujer es lo que se entiende por amancebamiento y lo que el legislador colombiano de 1922 ha exigido como causal para decretar la separación de bienes, 'sin ninguna modalidad'. Por lo demás, varias veces ha declarado la 'Jurisprudencia de la Corte' que para dar por establecido el amancebamiento del marido en un juicio de separación de bienes, no es necesario que por el Juez de lo Criminal se haya proferido sentencia en que se declare la existencia del delito. 'No hay disposición legal alguna que exija como prueba del amancebamiento, que es causa de separación de bienes, la sentencia dictada en el juicio criminal correspondiente, y por lo mismo, en el civil, sobre separación, puede acreditarse el hecho con pruebas distintas de aquella. El juicio criminal para la imposición de la pena es cosa separada y distinta del civil, que en el presente caso persigue la separación de bienes'. (Sentencia de veinticinco de noviembre de mil novecientos veintisiete, tomo XXXV de la GACETA JUDICIAL, Nº 1803". Casación, XL, Nº 1886, mayo 10 de 1932) 50,

Págs.

SEPARACION DE BIENES

- Nº 185 -

La separación de bienes sólo aprovecha a la mujer. Muerta ésta, el fin de la separación se obtiene para los herederos de la esposa, pues la sociedad conyugal queda "ipso facto" disuelta, y se procede a su liquidación, con efectos iguales y aun más amplios que en el caso de separación. Cuando una esposa promueve el juicio de separación y muere "inter moras litis", entiende que el pleito debe terminar por carecer de objeto y por sustracción de materia: "sublata causa, tollitur effectum" (1). (Casación, XL, Nº 1887, julio 26 de 1932). 218, 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL

- Nº 186 -

En un juicio de sucesión se adjudicó por hijuela una casa a uno de los herederos; abierto el juicio de sucesión del esposo de éste heredero se inventarió la casa que le había sido adjudicada y solamente se le adjudicó en ella un derecho, por estimarse que la primera adjudicación no comprendía toda la cosa sino el derecho que después se le reconoció por la partición. Demandó la adjudicataria la exclusión de la casa de los inventarios practicados en el segundo juicio de sucesión y perdió el pleito ante el Tribunal, por lo cual recurrió en demanda de casación, acusando la sentencia, entre otros cargos, de violación de los artículos 191 y 1816 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, por cuanto pretendía que la adjudicación se le había hecho a ella sola con voluntad expresa de su cónyuge y ese bien no había entrado a formar parte de la sociedad conyugal.

"Se observa:—No es el caso de hacer aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, porque la cuestión es elemental en el régimen de la sociedad conyugal, lo que en términos generales y con claridad y precisión establece el artículo 1781, ordinal 5º, del Código Civil, según el cual 'todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso' ingresan al haber de la sociedad conyugal, salvo el caso de que la adquisición sea hecha con valores propios del cónyuge, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales, o en una donación por causa de matrimonio, por expresa decisión del artículo 1783 ibídem, ordinal 2º. Fuera de este caso todos los bienes que a título oneroso adquiera uno de los cónyuges, aunque lo haga obrando en su propio nombre, pertenecen a la sociedad conyugal, sin que a ello se oponga la circunstancia de que la adquirente sea la mujer, y que ella obre con autorización expresa de su marido, interviniendo éste en el acto, y diciendo la mujer que adquiere

(1) V. la Ley 28 de 1932.

Págs.

para sí. Lo establecido en los artículos 191 y 1816 del Código Civil, de que la mujer que procede con autorización del marido, obliga a éste en sus bienes, y obliga, además, sus bienes propios, hasta concurrencia del beneficio particular que reportare del acto, y que los actos y contratos de la mujer administradora obligan a la sociedad y al marido, salvo en cuanto apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal de la mujer, se refieren a casos distintos del que aquí se contempla, que es el de adquisición de bienes por uno de los cónyuges con valores que no resulta, ni se ha probado que fueran de su pertenencia y destinados para ello en las capitulaciones matrimoniales o en donación por causa de matrimonio. El cargo carece de fundamento". (Casación, XL, Nº 1887, julio 11 de 1932) 192, 2º

SOCIEDAD DE HECHO

- Nº 187 -

Se opuso a la adjudicación de un terreno como baldío una sociedad que no había registrado el extracto de la escritura de su constitución dentro de los quince días siguientes al otorgamiento. Considerada como simple sociedad de hecho y no como persona jurídica alegó en casación aplicación indebida de los artículos 469, 470, 472, 479 del Código de Comercio y 15 de la Ley 95 de 1890.

"La falta de las formalidades que anota el sentenciador al constituirse la sociedad demandante, entraña como consecuencia que esa sociedad no puede considerarse como persona jurídica, sino como una simple sociedad de hecho (artículo 472 del Código de Comercio). Ahora, lo que sanea el tracto de treinta años son los vicios de que pudieran adolecer los contratos celebrados con terceros por esa sociedad de hecho y las obligaciones contraídas por los socios entre sí; pero el tiempo no puede convertir en persona jurídica una sociedad de hecho, que faltó en su constitución a las exigencias de la ley, para creación de esa persona jurídica. La sociedad existe como sociedad de hecho, no de derecho, y en aquel carácter no ha demandado. Si el sentenciador hubiera aplicado los artículos citados para desconocer el valor de los actos celebrados con terceros, o para desconocer las obligaciones de los socios entre sí, a pesar de haber transcurrido treinta años, entonces sí se podría decir que se habían quebrantado esas disposiciones, por haberlas aplicado indebidamente. Párese la atención en que la Compañía no comparece en juicio para hacer valer derechos emanados de pactos celebrados con terceros, sino que pretende demandar con el carácter jurídico de sociedad constituída conforme a derecho, y éste es su punto de partida". (Casación, XL, Nº 1890, septiembre 30 de 1932) ..... 567, 1º y 2º

Págs.

SOCIEDAD IRREGULAR, DE HECHO

- Nº 188 -

Se reconocieron como justificados los hechos que constituían la excepción perentoria de ilegitimidad en la personería sustantiva de una sociedad actora en un juicio de oposición a la adjudicación de unos terrenos como baldíos, por no haberse registrado el extracto de la escritura social dentro del término legal ni haberse publicado en el periódico oficial.

"... Allí sólo se trata de decidir como cuestión previa si la sociedad demandante es legalmente idónea para comparecer en juicio; y, como en autos se halla suficientemente comprobado que esa sociedad no se constituyó con arreglo a derecho, puesto que en su formación se omitió el cumplimiento de las formalidades públicas y solemnes requeridas por los artículos 469 y 470 del Código de Comercio, el sentenciador estimó, fundadamente, que una sociedad irregular, formada sin la plenitud de las solemnidades legales que le son propias, no tiene personalidad para demandar en juicio; y, acorde con ese concepto, no acusado por el recurrente, declaró justificada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la sociedad demandante, y falló el pleito en consonancia con esa excepción, sin que ello entrañe desconocimiento de la existencia del contrato de sociedad ni de la sociedad constituída, de hecho, en virtud de ese contrato. Son, por tanto, infundados los reparos que sobre el particular formula el recurrente" (1). (Casación, XL, Nº 1889, agosto 3 de 1932) 438, 1ª

SOLIDARIDAD DE LOS SOCIOS COLECTIVOS DE COMERCIO

- Nº 189 -

Poco antes de la declaración de quiebra de una sociedad colectiva de comercio uno de los socios vendió sus bienes a un tercero. Demandado el socio colectivo vendedor, se pidió que se declarase nula la escritura de venta y nula la tradición de bienes vendidos. Tanto el juez como el tribunal absolvieron de los cargos de la demanda, pero el actor recurrió en demanda de casación y la Corte casó la sentencia del Tribunal por haber estimado éste que la acción que los acreedores tienen para ejercitar la que reconocen los artículos 2491 del Código Civil y 162 del Código de Comercio, no la tienen contra los socios colectivos individualmente considerados. El Tribunal basó su fallo en que si bien los socios colectivos son responsables solidariamente con la sociedad, su responsabilidad no es permanente, sino que nace cuando los bienes sociales no son suficientes para saldar los créditos,

(1) Concordancias: Nos. 1937, 2434, tomo 2º, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

convirtiéndose en una responsabilidad subsidiaria. Dijo la Corte:

"El recurrente considera que el Tribunal, al sostener esa tesis quebrantó el artículo 2491 del Código Civil y 162 del Código de Comercio, por cuanto la solidaridad de los socios de una sociedad colectiva de comercio, es permanente y no subsidiaria, como lo afirma el sentenciador, y para la Sala el reparo del recurrente es jurídico. En efecto, el artículo 487 del Código de Comercio imperativamente dispone que los socios colectivos señalados en la escritura social y en las diligencias de publicación, son responsables solidariamente de todas las obligaciones contraídas legalmente bajo la razón social, lo que está indicando sin lugar a vacilaciones, que desde el momento mismo en que nace a la vida jurídica, por el lleno de las formalidades exigidas por la ley para su creación, la persona jurídica denominada sociedad colectiva de comercio, los socios son responsables solidariamente por las obligaciones que esa persona contraiga, ya que la solidaridad de los socios es de la esencia de las compañías colectivas de comercio, y nace en el mismo momento en que nace a la vida jurídica y a la comercial la sociedad misma, y tan de la esencia de la compañía colectiva de comercio es la solidaridad de los socios colectivos para con terceros por las obligaciones contraídas por la sociedad, que la ley la ha considerado como de orden público y por ello ordena que en ningún caso podrán los socios derogar por pactos la solidaridad en las sociedades colectivas. La razón del legislador es clara: hay que garantizar los derechos de los terceros que negocian con la sociedad colectiva y hacerles saber que sus obligaciones están respaldadas con los bienes sociales y con los bienes particulares de cada uno de los socios, más cuando en la práctica, el capital social que se hace figurar en la escritura social es exiguo, para eludir el pago de los derechos fiscales, y en esas condiciones bien se comprende que esas sociedades así constituídas no llenarán los fines comerciales para que fueron constituídas, pues nadie se atrevería a negociar con una entidad que apenas respondiera a terceros hasta el monto del capital que figura en la escritura de constitución, comúnmente limitadísimo, por lo atrás dicho. En el hecho y en la práctica de los negocios, la respetabilidad de una compañía colectiva de comercio está en razón directa de la respetabilidad de los socios y de sus capacidades económicas, y por esto se ha considerado esta sociedad como sociedad constituída INTUITU PERSONAE. Por otra parte, el sentenciador también conceptuó que el artículo 2491 del Código Civil, no tenía aplicación respecto del socio colectivo señor Francisco S. Márquez, porque contra él no se había dictado auto de declaración de quiebra, sino contra la sociedad, persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, ya que la disposición se refiere a los actos del deudor declarado en quiebra o que ha hecho cesión de bienes. Este concepto se acusa igualmente como violatorio de las disposiciones atrás citadas, y en verdad que para la Sala es fundado el cargo, porque si bien es evidente que la sociedad colectiva es una persona jurídica distinta de los socios, fuerza es reconocer que el vínculo solidario que une la persona jurídica a cada uno de los socios colectivos, hace que el acreedor de la sociedad pueda demandar de cualquiera de los socios colectivos la totalidad de la deuda, que es la característica de la solidaridad, y en ese evento, aunque es cierto que el socio colectivo personalmente no ha sido declarado en quiebra, sus bienes personales sí responden por las obligaciones de la sociedad y corren las consecuencias del concurso, y por ello el numeral 6º del artículo 64 de la ley 40 de 1907, vigente cuando se dictó el auto de quiebra (octubre 20 de 1930), ordenaba que se ocuparan los bienes de los socios colectivos que aparecieren como responsables de las resultas del negocio, en el contrato de sociedad, disposición que pregona, de manera inequívoca, que los bienes de los socios colectivos seguirán la suerte del concurso abierto a los bienes sociales, y esto para evitar que los socios colectivos puedan disponer de sus bienes en perjuicio de los acreedores, pues si se aceptara la doctrina del Tribunal, en el hecho desaparecería la solidaridad de los socios colectivos (elemento de la esencia de esas compañías), ya que declarada la quiebra de la sociedad o verificada la cesión de bienes, los socios podrían disponer de sus bienes propios, en perjuicio de terceros, haciendo nugatorio el ejercicio de la acción pauliana reconocida por el artículo 2491 del Código Civil, o la de revocación de que trata el artículo 162 del Código de Comercio, puesto que el socio colectivo ni había hecho cesión de bienes, ni había sido declarado en quiebra. Se alega que la quiebra de la sociedad no implica la de los socios colectivos, puesto que la sociedad es una persona distinta de los socios individualmente considerados, y que el capital social es también distinto del de los socios. Todo esto puede ser cierto, en principio, pero la solidaridad que liga a los socios colectivos a la sociedad respecto de terceros, ha hecho que la jurisprudencia se haya inclinado a considerar que la quiebra de la sociedad compromete el haber de los socios colectivos respecto de los acreedores de la sociedad, y que los bienes de éstos hacen parte de los bienes del concurso. En estos términos se expresan los comentaristas franceses estudiando artículos iguales a los nuéstros, respecto de sociedades colectivas y su quiebra: 'Sin duda, la sociedad colectiva tiene una personalidad distinta de la de los asociados de responsabilidad ilimitada, como en las sociedades de responsabilidad limitada. Pero cuando los socios son obligados personalmente por las deudas de la sociedad, las deudas sociales son deudas personales, y no se concibe que haya cesación de pagos en la sociedad sin que haya

Págs.

cesación de pagos de los asociados, y esta conclusión sólo comporta una restricción impuesta por la jurisprudencia, cual es que los acreedores de la sociedad para poder perseguir a los asociados personalmente, deben ante todo constatar, contradictoriamente con el Gerente, la existencia, monto y carácter social de la deuda'. (Houpin, Bosvieux y Lyon-Caen & Renault, Bradar y Vavasseur, tomo 1º, tomo 8º, tomo 1º y tomo 1º, respectivamente). Los acreedores de la sociedad tienen derecho para hacerse pagar con los bienes personales de los asociados. Este derecho de los acreedores sociales no está en contradicción con la separación que existe entre el activo social y el activo personal de los asociados. La sociedad no es dueña de los bienes que los socios no le han aportado, ella no puede enajenarlos ni hipotecarlos; cómo puede afectarlos al pago de sus deudas? Porque los socios han aportado a la sociedad su responsabilidad personal y han dado mandato al Gerente o a los administradores, para obligarlos personalmente, al mismo tiempo que a la sociedad. Se reputan haber contraído por medio de sus mandatarios todos los compromisos de la sociedad para con terceros. La Sala no puede menos de acoger esos conceptos y esta jurisprudencia, pues bien es cierto que mientras la sociedad cumpla sus compromisos, debe considerarse como una persona distinta de los socios individualmente considerados, y su haber social distinto del haber personal de cada socio, pero declarada en quiebra, los socios vienen a ser, respecto de los acreedores sociales, codeudores solidarios, lo que vale decir que las deudas sociales deben considerarse como deudas propias y personales debido a la solidaridad, y como consecuencia de ello sus bienes particulares afectos al pago de las deudas sociales, que son deudas propias y personales de los socios respecto de los acreedores sociales. Para los acreedores sociales, declarada en quiebra la sociedad, sólo hay un deudor, que es cualquiera de los codeudores solidarios, y este carácter jurídico lo tienen los socios colectivos de la sociedad quebrada, en virtud del vínculo de la solidaridad que los hace aparecer a los ojos de los acreedores sociales como una sola persona obligada por el monto de la acreencia. Tiene respaldo esta solución en nuestra legislación positiva? No se puede vacilar en contestar afirmativamente. El artículo 64 de la ley 40 de 1907, vigente cuando se decretó la quiebra de 'Hijos de F. J. Márquez', ordenaba que cuando la persona concursada fuese una sociedad colectiva, se ocuparan los bienes de los socios que aparecieran responsables de las resultas del negocio en el contrato social. Con qué objeto? Con el de considerarlos embargados y sacarlos del comercio para que respondieran por las deudas sociales. El artículo 142 del Código de Comercio ordena que cuando la quiebra sea de una sociedad colectiva, se indique el nombre y domicilio de cada socio colectivo, y algún objeto ha de tener esta prescripción, y no es otro que el de embargar los bienes propios de los socios obligados solidariamente. El artículo 2488 del Código Civil dice: '... Estas consideraciones llevan a la conclusión de que el Tribunal, al considerar que la solidaridad de los socios colectivos no es permanente, sino que nace cuando nace 'la responsabilidad insoluta de la sociedad', y que la responsabilidad solidaria de los socios es subsidiaria, términos y situaciones éstos que en derecho no se pueden hermanar, quebrantó los artículos 2491 del Código Civil y 162 del Código de Comercio, y ello es suficiente para infirmar la sentencia". (Casación, XL, número 1888, marzo 16 de 1934) ..... 293, 1º y 2º, y 294, 1º y 2º

Págs.

T

TESTAMENTO ABIERTO

- Nº 190 -

El recurrente en un juicio sobre nulidad de un testamento abierto alega en el recurso de casación que el Tribunal había violado los artículos 1072 y 1074 del Código Civil, porque estimaba que el testamento no había sido presenciado por dos de los testigos durante todo el acto de su otorgamiento y lectura.

"Lo que constituye la esencia del testamento abierto, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 1072 del Código Civil, es 'el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos'. Es, pues, el conocimiento de la voluntad del testador por parte del Notario, cuando concurre, y de los testigos instrumentales, lo sustancial en los testamentos abiertos. El segundo inciso del artículo 1072 citado, exige, en orden a asegurar la indivisibilidad del acto testamentario, la intervención en él de un mismo Notario, cuando asiste, y de unos mismos testigos. Para el conocimiento de la voluntad del testador es, pues, requisito indispensable que durante la lectura del testamento, hecha en alta voz por el Notario o por uno de los testigos designados al efecto por el testador, estén presentes los testigos instrumentales en el mismo sitio en que el acto ocurra; pero para la redacción del testamento mismo no es necesaria la presencia de los testigos testamentarios, toda vez que, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 1074 del Código Civil, 'el testamento abierto podrá haberse escrito previamente'. Se ha visto que el testimonio de Rafael Tello, aducido por la parte actora para acreditar la nulidad del testamento materia de esta litis, fue desestimado por el sentenciador en lo que hace relación al estado mental de Manuel Vicente Cortés. Pero conviene hacer notar que esa desestimación no va al hecho de haber presenciado dicho testigo la lectura del testamento o el conoci-

Págs.

miento de las disposiciones testamentarias de que hizo el testador sabedor al Notario y los tres testigos del acto; porque es un hecho aceptado por ambas partes el de que el testigo Tello estuvo presente en el acto en que el testador Cortés dio a conocer sus disposiciones; que el testigo oyó su lectura, y que en tal carácter firmó, aunque no estuviera presente en la redacción de todo o parte del testamento. Con esta salvedad debe entenderse el concepto del Tribunal en el rechazo de la declaración de Tello. En cuanto a la declaración de Bernardo Salamanca, ya se ha visto en el análisis que hace el Tribunal de ella, que está conforme con lo que reza el instrumento público autorizado por aquél en tal carácter. Esta apreciación del Tribunal es correcta, porque aunque en la declaración extrajudicial rendida por este testigo el doce de julio de mil novecientos veintiocho ante el Juez Municipal de Andalucía, parece haber dicho que había oído decir a Manuel Vicente Cortés que el testamento 'no era su última voluntad', al ratificarse dicho testigo en esa declaración la aclaró expresando que el testador, preguntado por el Notario, contestó que el testamento 'es corriente o así es'. Este testigo dice que él no presenció la redacción del testamento, pero que al leerle el testamento al testador éste dijo lo que antes se ha expresado. De modo que no es exacto que Tello y Salamanca no presenciaran la lectura del citado testamento. Ninguna objeción se ha hecho en cuanto a la asistencia del Notario que autorizó el testamento y a la del otro testigo instrumental, Calero. Ambos declaran en un todo de acuerdo con lo que dice el instrumento público que contiene el testamento de Manuel Vicente Cortés. Si, pues, todos los testigos instrumentales y el Notario estuvieron presentes en el acto mismo en que el testador dio a conocer sus disposiciones y en el mismo lugar, se cumplió en el caso lo que exigen los artículos 1072 y 1074 del Código Civil. El cargo de error en la interpretación de ellos formulado por el recurrente, no prospera". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 12 de 1932) ... 58, 1ª y 2ª

TESTIGOS

- Nº 191 -

Se pretendía que el testamento cuya nulidad se pidió ante los jueces de instancia no había sido obra del testador y que el Tribunal, al confirmar la sentencia de primera instancia, había violado el artículo 1061 del Código Civil en sus numerales 3º y 4º

"Las declaraciones en referencia sólo contienen meros conceptos; de ellas no es posible deducir siquiera un indicio vehemente, y aunque pudieran ofrecerlo, tampoco bastarían ellas, por sí solas, para infirmar la sentencia recurrida, toda vez que los declarantes, carentes de la más mediana ilustración, no declaran sobre hechos sujetos a los sentidos, sino sobre condiciones estrictamente psicológicas, como son todas aquellas que integran el estado mental y volitivo de un individuo, y cuando esto ocurre ha dicho la Corte que 'las declaraciones de testigos que no versen sino sobre hechos de que puedan deducirse indicios respecto del estado mental del testador, no pueden oponerse a los testigos positivos y directos del Notario y de los testigos instrumentales que intervinieron en el acto de testar, que declaran no haber dado el testador muestras de perturbación mental, y que, por el contrario, recuerdan que ejecutó el acto testamentario de una manera formal'. (Casación, 29 de julio de 1918, Gaceta Judicial, tomo XXVII, 23, 2ª)". (Casación, XL, Nº 1886, mayo 12 de 1932) 57, 2ª

Págs.

U

UXORICIDIO

- Nº 192 -

Un individuo estranguló a la esposa legítima que vivía en relaciones ilícitas y con la cual se había hecho imposible la vida marital. El Jurado reunido para resolver sobre la responsabilidad del uxoricida respondió al cuestionario propuesto, así: "Sí, pero en el momento de recibir una ofensa grave, y sin premeditación". Condenaron tanto el juez como el tribunal al reo a la pena de veinte años de presidio y la Corte, al casar la sentencia recurrida, dijo:

"En todos los casos anteriormente estudiados por esta Sala, no se había contemplado uno como éste, en que la respuesta del Jurado es de una significación especial, y por lo mismo, si se llega a una conclusión también especial, no es porque se contradiga la doctrina anterior, sino porque se trata de una situación jurídica distinta, que reclama solución distinta... El artículo 615 del Código Penal sanciona el parricidio voluntario, el premeditado y el asesinato, cometidos en la persona de cualquier ascendiente o del cónyuge, con la pena fija de veinte años de presidio. Ya que el legislador equiparó esas tres clases de homicidio, tan diversas, para efectos de la penalidad, es necesario indagar a qué clase o especie de homicidio (parricidio) voluntario se refirió en ese artículo, ya que, dada la clasificación que el Código trae de este delito, existe una principal o general que entraña la más grave, sancionada con la pena de seis a doce años de presidio, según lo que dispone el artículo 600 del Código Penal, y otras de menor gravedad y significación, a las cuales se imponen penas también menores o atenuadas, y a que se refiere la última parte de ese artículo 600, cuando exceptúa de la regla que él contiene a 'los casos previstos en alguna disposición especial'. En esa situación, no hay duda que cuando en el artículo 615 se habla de

Págs.

parricidio voluntario, al cual impone la pena fija de veinte años de presidio, se refiere únicamente al voluntario en los casos más graves, mas no pudo referirse a los que pertenecen a una especie distinta, y que por su especial atenuación viene a ser de excepción, porque sería el mayor de los absurdos que, fuéra de equiparar el parricidio voluntario al premeditado y al asesinato, se llegara al extremo de interpretar que en el primero quedaron comprendidos todos los voluntarios, cualesquiera que fueran las circunstancias en que se hubieran cometido o se cometan. Dentro de los principios clásicos que imperan en nuestra legislación penal, el acusado de homicidio simplemente voluntario, o sea al que corresponde la pena de seis a doce años de presidio (artículo 600), se calcula que ejecuta la acción delictuosa con relativa calma y serenidad, dándose cuenta de sus resultados y consecuencias, conservando la plena libertad en el obrar, y revelando de modo manifiesto una intención homicida, y, por tanto, la sanción tiene que ser apropiada, en cantidad y calidad a esa conducta delictuosa, causa de grave perturbación social. Mas cuando concurren especiales circunstancias, que llevan al agente a cometer el delito impulsado por fuerzas que no puede vencer, cuando la voluntad es en cierto modo violentada, de tal modo que se debilita la libertad de elección, entonces. por más que el homicidio siga perteneciendo a la categoría de los voluntarios, aunque impropiamente, la sanción, en los casos en que haya lugar a ella, tiene que ser atenuada en cantidad y calidad, como en efecto lo determinan los artículos 601 y 608 del Código Penal. Situación semejante se presenta en el uxoricidio, el cual se comete a veces por perversidad, por abandono completo de los más elementales sentimientos, revelando el agente la mayor temibilidad. Pero también puede suceder que medie una provocación u ofensa de tal magnitud, que si bien no hay lugar a una verdadera excusa, por lo menos existe tal grado de atenuación, que ninguna ley puede desconocer, y mucho menos el Juez a cuyo cuidado está la verdadera garantía del derecho, y a quien le corresponde desarrollar el contenido legislativo en busca de la más completa individualización de la pena que constituye o debe constituír la aspiración principal en la delicada tarea de administrar la justicia penal. Bran, persona de la más humilde condición social, desprovisto de toda enseñanza y de toda protección, no hacía vida conyugal con su esposa por culpa de ésta, que se negó a seguirlo... Entre marido y mujer no existía sino el solo vínculo matrimonial; el afecto, la formación del hogar, la ayuda recíproca y el cumplimiento de los distintos deberes que tal estado trae consigo, no existían, ni se habían cumplido por obra de la que no pudo en ningún momento llamar Bran su compañera. Esos antecedentes, unidos a la modificación importante que el Jurado estimó necesario agregar a su respuesta, o

Págs.

sea que el acusado sí era responsable, 'pero en el momento de recibir una ofensa grave, y sin premeditación', están indicando que el acto delictuoso no fue propiamente resultado de la maldad, explosión de temperamento morboso que pusiera de manifiesto la peligrosidad, sino obra de quien, como cualquier particular, se ve de golpe ofendido por quien menos razón podía tener para hacerlo, y así, ofendido, reacciona, sin que la voluntad sea capaz de contener, ni menos dirigir los movimientos musculares. El acto así realizado, y colocado en esas condiciones, de las cuales no se puede prescindir porque el mismo Jurado las reconoció, si impropiamente, como ya se dijo, y por obra de un simple tecnicismo legal y formulario, se llama voluntario, no puede corresponder a los casos más graves, a los que la jurisprudencia ha clasificado con el nombre de simplemente voluntarios o voluntarios simples, que son a los que se refiere el artículo 615 del Código Penal, sino a los de una categoría distinta, o sea la de los atenuados, los cuales no quedaron, como lo sostiene el Magistrado del Tribunal que salvó su voto, comprendidos o previstos en aquel artículo, y no podían quedar comprendidos allí, desde luego que sería un absurdo pensar que el legislador, al establecer distintas categorías en el homicidio, incurriendo hasta en lamentable casuismo, hubiera castigado con la pena de muerte, que era entonces la imponible, aun el uxoricidio cometido en circunstancias especiales de atenuación, y que por tal motivo no despierta, no puede despertar, un apreciable sentimiento de protesta en la sociedad. De suerte que el artículo 615, al referirse al homicidio voluntario, solamente comprendió los más graves, mas no los de excepción, a los cuales corresponde una pena muy atenuada. Si el caso de que trata este proceso por la forma en que fue contestado el cuestionario, no está previsto especialmente en ese artículo, cabe muy bien lo que preceptúa el 618, o sea que el parricidio se sanciona con las penas 'que corresponderían si se tratase de un simple homicidio, aumentadas en una cuarta parte más'. Todo lo anteriormente expuesto está indicando que existe en realidad desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, e indirectamente está también justificada la primera causal de casación. Hay, pues, motivo fundado para casar la sentencia, debiendo dictarse la que deba reemplazarla..." (Casación, XL, Nº 1889, mayo 27 de 1932) ..... 494, 1ª y 2ª

V

VENTA DE SUELDOS FUTUROS

- Nº 193 -

Se vendieron por escritura pública todos los créditos futuros que por vía de sueldos nacionales, departamentales o mu-

Págs.

nicipales devengara el vendedor durante tres años. Ejecutado éste por un tercero y embargado su sueldo como juez de policía nacional, el comprador promovió articulación de desembargo, la cual prosperó.

"El señor Procurador de la Nación reconoce que los artículos 1518 y 1869 del Código Civil, establecen la doctrina de que no sólo las cosas que existen, sino las que se espera que existan, pueden ser objeto de una declaración de voluntad, y que la venta de las que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir; pero objeta que la esperanza ha de ser fundada en la realidad de hechos positivos para que valga la venta. No expresa la ley en ninguna parte la condición o las circunstancias que enuncia el señor Procurador como elementos esenciales para la existencia o validez de la venta de cosas futuras; y tan cierto es eso que sólo exige que sean comerciales, que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género, que la cantidad, aunque incierta, pueda determinarse de acuerdo con las reglas o datos del contrato, y que el hecho o hechos, si tal fuere el objeto del acuerdo, sea física y moralmente posible. Todo esto se cumple en la venta de los sueldos que el ejecutado hizo. Por consiguiente, no puede desecharse ni darse por no existente la estipulación contenida en la escritura pública en que se apoya el articulante, máxime habiéndose otorgado ésta cuando ya Medina Peñuela ejercía el cargo de Juez de la Policía Nacional. Para ello sería menester borrar de la legislación sustantiva los dos preceptos contenidos en los artículos 1518 y 1869 antes nombrados, o llegar a la imposible conclusión de que éstos nada significan". (Auto, Sala de Negocios Generales, XL, Nº 1889, junio 18 de 1932). (Hubo salvamento de voto) 522, 2ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO

- Nº 194 -

El Jurado a quien se le preguntó si el acusado era responsable de haber matado voluntariamente y con premeditación a un individuo, respondió: "Sí, sin premeditación, en un acto primo, con responsabilidad atenuada por la degeneración congénita del procesado. El cual era un sordo-mudo". Se acusó el fallo por la 3ª causal de casación, conforme al artículo 3º de la ley 78 de 1923.

"Se considera:—Sin entrar a estudiar pormenorizadamente todos los puntos que con encomiable acuciosidad científica trata el señor Procurador en su vista, sí conviene detener la atención en aquel a que se refiere ésta, en la parte que se ha transcrito, cuando manifiesta que no habiendo disposición penal estrictamente aplicable al caso que presentó el Jurado en su veredicto, debe más bien absolverse al acusado, o, por lo menos, pedir a los jueces de conciencia que concreten su veredicto, bien declarando una responsabilidad que justifique sin lugar a dudas una condenación, bien declarando la irresponsabilidad absoluta que preste base firme a una absolución. Y es que la forma como presenta la cuestión el señor Procurador, es decir, teniéndose en cuenta los términos del dilema de conclusión que él sugiere, o sea el relativo a la absolución no puede tener lugar en este caso, porque la circunstancia misma que hace acertadamente resaltar de que no haya disposición aplicable al caso planteado por el Jurado, está diciendo con claridad, no precisamente que el veredicto dé evidente margen para absolver, sino que envuelve en sí mismo una contradicción tal, que surge naturalmente la causal insinuada por el Jefe del Ministerio Público en el segundo término del dilema por él presentado, o en la segunda parte de su solicitud final. Es decir, que es el caso preciso de la causal 6ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea, haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio. Y aun cuando el señor Procurador no sustenta formalmente esta causal, sí es indudable que toda su exposición converge implícitamente a ella, por cuanto si el Jurado, afirmando la responsabilidad, desvirtúa ésta de tal manera que el acusado queda convertido por obra del veredicto en un semirresponsable para quien no existe disposición penal aplicable, es n[illegible] rio que el veredicto present[illegible] dicción evidente, ya [illegible] que decir: Pe[illegible] ponsable, pero [illegible] BLE, es decir, no [illegible] quiera que la semirresponsab[illegible] halla prevista en disposición penal alg[illegible] na, lo que significa que es como si se declarara en esa segunda parte del veredicto la irresponsabilidad integral. Ahora bien: No hay duda que si un Jurado declara respecto de determinada persona, que sí es responsable, y al propio tiempo agrega una frase que no puede tener dentro de la realidad jurídica, es decir, dentro de la legislación vigente y el derecho positivo que la encarna, otra significación que la de irresponsabilidad, no hay duda que un veredicto de tal clase es evidentemente contradictorio. Y se dice que a demostrar esto tiende toda la ilustrada e interesante disertación del señor Procurador, porque cuando él sienta los principios científicos en que expositores expertos se basan para clasificar las diversas constituciones psicopáticas que pueden afectar la personalidad humana, no hace otra cosa que echar los fundamentos del estudio que en seguida hace en concreto sobre la personalidad misma del procesado, estudio en que, al examinar a éste por todos sus aspectos, de acuerdo con aquellos principios y de acuerdo con los datos que trae el expediente acerca de los antecedentes del homicida, presenta la siguiente conclusión: 'Todo esto convence de que Arias no es el hombre normal de libre racioci-

Págs.

nio, ni el perverso constitucional, sino el enfermo impulsivo, cuyas emociones lo obsesionan; el degenerado cuyas aptitudes intelectuales incompletas son suficientes a producir el control inhibitorio de sus actos; el psicasténico clásico de Janet, cuyas acciones no se desarrollan bajo la función connativa de una completa libertad moral; así lo proclaman los principios de la ciencia; así lo dijeron los médicos que practicaron el examen de su persona, y así lo calificó el Jurado que conoció de su causa'... —Si, pues, el Jurado emitió un veredicto contradictorio en esta causa, por cuanto al afirmar la responsabilidad del acusado en la primera parte de su respuesta, se contradijo en la segunda; al dar una contestación que, por los términos en que está concebida, puede entrañar una irresponsabilidad, es inobjetable que se está en el caso preciso de que los Jueces de conciencia eliminen esa contradicción, concretando su veredicto en forma tal, que no se presente para el juzgador de derecho la perplejidad legal a que conduce una decisión como la de que se trata.—Siendo esto así, como efectivamente lo es, lo procedente en este caso es invalidar el fallo objeto del recurso, con base en la causal 6ª del artículo 3º de la Ley 118 ya citada, y ordenar que el Jurado concrete su decisión en uno u otro sentido, pero en forma tal, que no aparezca la contradicción evidente de ella, como sucede ahora, según se ha visto." (Casación, XL, Nº 1889, junio 22 de 1932) .. 502, 1ª y 2ª y 503, 1ª

Págs.

TABLA

De las disposiciones constitucionales, legales y administrativas interpretadas, citadas o aludidas por la Corte en el presente Tomo XL.

CONSTITUCION NACIONAL

Artículos	Números
31	67
53	114
59	67
76	69, 119
106	111
120	69
179	116

ACTO LEGISLATIVO No. 3 DE 1910

Artículos	Números
5	67
6	119
20	119
30	67
41	181
43	105, 116
44	105, 116
132	67

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
6	79
27	156
30	156
62	170
79	78
115	114
154	184
181	170
191	186
236	113, 114
239	114
395	55, 137
407	114
501	5
575	5
654	168
745	79
752	79, 121
753	79
756	159, 165
757	159
762	165
764	144
765	144
766	144
768	144, 7, 23, 80
769	144
789	145
946	164, 165
949	138
950	165
953	168
954	168
955	168
956	168
957	168
965	147
966	45, 147
971	164
1028	6
1072	190
1074	190
1191	73
1239	13
1255	13
1298	144
1299	144
1300	144
1301	144
1334	6
1367	3, 4
1379	170
1401	144
1423	59
1443	79

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos	Números
1455	79
1469	79
1480	79
1502	40
1504	128
1516	171
1517	40
1518	193
1521	80
1523	79
1524	40
1545	173
1546	59
1740	125, 127
1741	127, 128
1759	58, 84
1760	166
1761	3, 4, 58
1762	3
1763	3
1765	58, 84
1769	57
1781	186
1783	186
1805	170
1816	186
1856	128
1857	55
1860	55
1869	193
1871	79, 144, 169
1880	165
1932	173
1934	84
1967	50
2019	18
2020	18
2170	128
2294	59
2341	171, 172
2349	172
2356	172
2377	94
2441	98
2444	98
2449	98
2452	121
2488	189
2491	189
2523	136
2528	144
2529	144
2531	145
2532	145
2577	123
2637	162, 168
2652	159, 161
2658	157
2664	157, 158
2669	157
2673	157, 161

CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE

Artículos	Números
142	189
162	189
209	3
210	3
211	3
469	188
470	188
472	187
703	131
720	131

CODIGO DE COMERCIO MARITIMO

Artículos	Números
445	131

CODIGO PENAL

Artículos	Números
9	70
10	70
22	54
117	51, 97
140	163
451	184
585	19
587	99, 140
591	99
600	99, 192
601	163, 192
602	24, 99, 163
603	163
604	97, 99, 163
605	97
606	97
608	97, 192
615	192
618	192
645	97
646	97
647	97
648	97
649	97
650	97
651	97
664	97
665	97

CODIGO JUDICIAL DEROGADO

Artículos	Números
98	70
162	52
279	168
310	170
542	73, 166
543	73
555	57
607	137
653	151
678	75
681	84
686	74
710	76
837	35
1283	154
1286	154

NUEVO CODIGO JUDICIAL

(Ley 105 de 1931)

Artículos	Números
32	53
204	156
209	1
300	93
329	121
341	29
343	90, 100
448	26
458	26
473	181
474	181
476	181
482	181
519	156
524	22
538	79
555	183

CODIGO JUDICIAL

(Continuación)

Artículos	Números
570	22
637	3
639	3
713	22
946	112
964	154
967	74
1228	166

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

Artículos	Números
93	111

CODIGO DE MINAS

Artículos	Números
8	122
33	123
73	122
74	122
91	122
164	122
251	123
275	123
276	123
283	123
291	122
298	122
303	122
331	122
346	122

LEYES CITADAS

LEY 292 DE 1875

Artículos	Números
23	122

LEY 81 DE 1886

Artículos	Números
...	156

LEY 57 DE 1887

Artículos	Números
5	168
12	113
22	114
43	80
264	70, 81, 126
274	81

LEY 153 DE 1887

Artículos	Números
5	156
8	186
93	148
79	113

LEY 27 DE 1888

Artículos	Números
14	177

LEY 35 DE 1888

Artículos	Números
2	114
3	114

LEY 95 DE 1890

Artículos	Números
15	127
42	80

LEY 105 DE 1890

Artículos	Números
51	30, 43, 87, 90, 100
79	151
123	125
272	156
335	75

LEY 113 DE 1890

Artículos	Números
3	112

LEY 169 DE 1896

Artículos	Números
1	156
2	27, 34, 43, 46, 49
34	57
47	19
48	95
...	156

LEY 170 DE 1896

Artículos	Números
15	112

LEY 46 DE 1903

Artículos	Números
...	156

LEY 18 DE 1907

Artículos	Números
8	119

LEY 40 DE 1907

Artículos	Números
	156
149	156
64	189

LEY 126 DE 1914

Artículos	Números
1	119

LEY 41 DE 1915

Artículos	Números
21	69

LEY 83 DE 1915

Artículos	Números
...	94

LEY 90 DE 1920

Artículos	Números
1	156
9	71
12	45

LEY 8a. DE 1922

Artículos	Números
5	184

LEY 104 DE 1922

Artículos	Números
23	70
27	70

LEY 105 DE 1922

Artículos	Números
2	134

LEY 1a. DE 1923

Artículos	Números
...	95
1o.	104, 118

LEY 25 DE 1923

Artículos	Números
21	68

LEY 42 DE 1923

Artículos	Números
...	92, 115
54	117

LEY 109 DE 1923

Artículos	Números
1	117
3	117
31	117
32	117

LEY 26 DE 1924

Artículos	Números
...	156

LEY 18 DE 1928

Artículos	Números
7	69

LEY 31 DE 1931

Artículos	Números
1	117

LEY 99 DE 1931

Artículos	Números
4	69, 91, 119

LEY 118 DE 1931

Artículos	Números
3	107, 194

LEY 119 DE 1931

Artículos	Números
...	91
3	119

LEY 11 DE 1931

Artículos	Números
1	156

LEY 84 DE 1931

Artículos	Números
111	126

LEY 7a. DE 1932

Artículos	Números
3	105, 116
4	116

DECRETOS

Decreto No. 1704 de 1923, 67.
Decreto No. 1988 de 1927, artículo 5o. citado, 69.
Decreto No. 837 de 1930, 69.
Decreto No. 518 bis de 1931, artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 8o., 9o., 18, 25, 29, 37, 40, 41 citados, 65.
Decreto No. 825 de 1931, 69.
Decreto No. 945 de 1931, artículos 2o., 6o. y 13 citados, 181.
Decreto No. 1031 de 1931, artículos 2 y 16 citados, 181.
Decreto No. 1116 de 1931, artículo único citado, 181.
Decreto No. 1683 de 1931, 68.
Decreto No. 1723 de 1931, artículo 1o., 68.
Decreto No., 1871 de 1931, artículos 1o. a 12 citados, 68.
Decreto No. 1941 de 1931, artículos 1o. y 2o. citados, 68.
Decreto No. 2092 de 1931, artículo 1o., 68.
Decreto No. 2325 de 1931, artículo único citado, 68.

DECRETOS

(Continuación)

Decreto No. 92 de 1932, 66, 91.
Decreto No. 280 de 1932, 67, 91.
Decreto No. 1310 de 1932, 69.
Decreto No. 1471 de 1932, 104 y 118.

CODIGOS Y LEYES ESPECIALES CITADOS

Codex juris canonici.
Canon 1116, número 113.
Canon 1117, número 113.

CONCORDATO

Artículos	Números
17	114

CODIGO CIVIL DE CUNDINAMARCA

Artículos	Números
39	113
252	113
253	113
259	113
343	113
377	113
399	113
434	113

CODIGO CIVIL DE ANTIOQUIA

Artículos	Números
2714	159

CODIGO CIVIL FRANCES

Artículos	Números
1384	172

CODIGO CIVIL ESPAÑOL

Artículos	Números
1531	50

DIGESTO

Artículos	Números
...	79

INDICE ALFABETICO

TOMO XL

A

ACUERDOS.—Véanse los siguientes: Págs.
DE LA SALA DE CASACION CIVIL: Nº 14 de 1932, sobre elección de conjueces de la Sala de Casación Civil para 1933 33
Nº 1º de 1934, por el cual se dispone que es la parte recurrente la obligada a suministrar el papel para que el negocio sea repartido 535
Nº 17 de 1934, sobre elección de conjueces para la misma Sala 34
DE LA SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL:
Nº 3 de 1934, sobre cambio de radicación del proceso contra Juan B. Serrano C. 104
Nº 5 de 1934, sobre cambio de radicación del sumario contra Jorge Nieto Forero 105
Nº 10 de 1934. Radicación del sumario contra el Teniente Carlos M. Vásquez 319
Nº 12 de 1934. Radicación del sumario contra Juan de Dios Castelblanco y otros 320

Abril Abraham.—Heridas 648
Acosta Julio contra Nicanor Cifuentes. Restitución de unos terrenos 172
Alarcón Delfín, ex-Comisário especial del Caquetá. Se le abre causa criminal de responsabilidad 106
Albán Blas contra José María Borrero. Restitución de unos terrenos 458
Alonso Mauricio contra los herederos de Magín Just Miret y otro, por pesos 97
Alonso Mauricio contra los herederos de Magín Just Miret y otro 450
American Trading Cº Inc. contra Mariano Mejía G. y otros, por pesos 259
Amézquita María de los Dolores contra Luis María Duque U. Reivindicación de un inmueble 474
Angel & Compañía contra el Departamento de Caldas. Nulidad de una expropiación 240
Arango Carlos Emilio contra Manuel José López. Cancelación de hipoteca 265
Arango Marcelina y otro contra Francisco Botero R. y otro .. 260
Arango C. Manuel José contra Plácido Londoño, por pesos 219
Arbeláez Arturo. Homicidio 337
Arias Pedro Antonio. Homicidio 501

B

Bautista Patrocinio contrà Fidela Sayago. Deslinde y amojonamiento 74
Benjamín Eduardo contra Francisco de P. Cálad. Reivindicación de un terreno 100
Bernal José Vicente. Homicidio 630
Bernard Alberto y Enrique contra la Fábrica Nacional de Vidrios. Desistimiento del recurso de casación interpuesto por ésta 458
Blanco Luis Enrique. Homicidio y heridas 325
Bonett Margarita y otra contra Domingo Bohórquez y otro. Nulidad de un testamento 162
Borrero Inés contra Francisco Guerrero. Reivindicación de una casa 84
Bran Valentín. Homicidio 493

C

Cadavid Juan A. y otros contra Félix A. Llano. Propiedad de un terreno 450
Callejas Camilo A. Delito de injurias 332
Cardona José J. y otro, causa por robo 237
Casación en lo civil. Véase al fin de la C.
Castellanos Jeremías. Fuerza y violencia 338
Castilla Fidel contra la Nación, sobre pago de perjuicios 520
Castro Pablo Emilio. Homicidio 107
Caviedes Arteaga Aurelio. Abuso de autoridad. Sobreseimiento 497
Cerón Camargo Tomás contra la Nación y The Tropical Oil Company y otra. Inexistencia de un contrato 30
Clavijo de Valbuena Betsabé contra Clara Medina y otros. Restitución de un terreno 166
Compañía de Gaseosas Ramírez contra Ezequiel Hoyos, por pesos 448
Compañía de Jesús y Seminario de Bogotá contra la Nación .. 344
Compañía Mines de Colombie contra Angel María J. Restitución de un terreno 567
Cortés L. Isaías. Homicidio 641
Cortés Teselina viuda de Cruz contra Roberto Antonio Torres y otros. Nulidad de un testamento 55
Cotis o Cotes Pedro y otro. Homicidio 645
Cristo Jorge y Cía. contra la Nación, por pesos 518
CASACION EN LO CIVIL.—Véanse los siguientes negocios:
Gabriel Vega B. contra Sacramento Cortés viuda de Ochoa y otros. Nulidad de la cancelación de un embargo 34
Dídimo Reyes contra Julio Posada. Restitución de una casa 40
Pedro José Mejía y otros contra Juan C. Restrepo y otro. Restitución de una finca 44
Ramona de la Concepción Rincón contra Moisés Rojas y otro. Restitución de un terreno 46
María Rita Morales contra Antonio María Carvajal. Separación de bienes 49
Clementina Lozano contra Juvenal Romero. Separación de bienes 52
Teselina Cortés viuda de Cruz contra Roberto Antonio Torres y y otros. Nulidad de un testamento 55
Angela Lozano viuda de López contra Enrique Rengifo O. y otros. Reivindicación de un terreno 60
Antonio Haydar contra Lorenza Vásquez. Propiedad de una casa 68
Custodio Malagón contra la sucesión de Juan de la Cruz Gómez. Pago de usufructos 71
Patrocinio Bautista contra Fidela Sayago. Deslinde y amojonamiento 74
Carlos N. González contra Angel María Romero y otros. Resolución de un contrato 76
Juliana Patiño contra Jesús Antonio Alzate. Resolución de un contrato 82
Inés Borrero contra Francisco Guerrero. Reivindicación de una casa 84
Elena Piedrahita viuda de Muñoz y otro contra Miguel Vásquez B. y otro. Restitución de un terreno 86
Vicente Prieto contra Ariosto Prieto. Indemnización de perjuicios 93
Mauricio Alonso contra los herederos de Magín Just Miret y otro, por pesos 97
Eduardo Benjamín contra Francisco de P. Cálad. Reivindicación de un terreno 100
Francisco Villa y otro, contra Ernesto Moreno A. Oposición al denuncio de terrenos baldíos 130
Elena Franco de Franco y otras. Restitución de un terreno ... 138
María del Carmen Gracia de Flórez contra la sucesión de José Pío Gracia, por pesos 140
Alejandro Llano y otros contra Séfora Arbeláez y otra. Entrega de bienes raíces 147
Luis Rincón C. y otros contra Georgina Sánchez de Castro. Reforma de un testamento 156
Margarita Bonett y otra contra Domingo Bohórquez y otro. Nulidad de un testamento 162
Cristina Montejo de Gutiérrez. No se accede a lo solicitado por ésta sobre cumplimiento de una sentencia extranjera 166
Betsabé Clavijo de Valbuena contra Clara Medina y otros. Restitución de un terreno 166
Julio Acosta contra Nicanor Cifuentes. Restitución de unos terrenos 172
Antonio Echeverría contra Aristides F. Flórez. Restitución de un terreno 17
Enrique García F. y otro contra Pantaleón Escobar. Servidumbre de tránsito 18
Isabel Quintero de Quintero contra Elvira Quintero de Fina, sobre exclusión de bienes inventariados en una sucesión 18
Jorge Kniess contra Andrés Rodríguez Diago, por pesos 19
Miguel Gaviria N. contra Julio Isaza O. División de una casa .. 20
Roberto Uribe Díaz contra el Municipio de Bogotá. Indemnización de perjuicios 20
Marco Aurelio Gasca contra Ricardo Muñoz C. Restitución de una finca raíz 20
Virginia Quintero contra Julio Solarte. Separación de bienes .. 21
Justiniano Ríos contra Marcelino Salazar. Restitución de una finca raíz 21
Manuel José Arango C. contra Plácido Londoño, por pesos 21
Isidro Zárate contra Ambrosio García. Reivindicación 25

Págs.

Martiniano Piedrahita V. contra Julio C. David y otros. Nulidad de testamento 253
José Miguel Pinzón contra Vicente Vargas y otro. Nulidad de contrato 257
American Trading Cº Inc. contra la sentencia del Tribunal de Manizales, en juicio contra Mariano Mejía G. y otros, por pesos 259
Marcelina Arango y otro contra Francisco Botero R. y otro 260
Ernesto León Moreno. Desistimiento del recurso de casación.. 263
Elisa Palacios contra Luciano Rivera. Entrega y cuidado de una menor 263
Carlos Emilio Arango contra Manuel José López. Cancelación de hipoteca 265
Camila Hinestrosa y otra contra Rosa María Hinestrosa. Nulidad de un contrato 270
Ana Lucía Rodríguez Gordillo y otros. Partición de bienes herenciales 278
Manuel Santos Zúñiga contra las mortuorias de Teodomiro Calderón y otros, sobre deslinde 280
Carlos Uribe Brigard y otro contra Jorge Holguín. Restitución de unos terrenos 284
Raimundo Piedrahita y otro contra Luis Zuluaga y otros. Nulidad de un contrato 290
Antonio Gibbs & Cº contra Francisco S. Márquez y otra. Nulidad de un contrato 292
José Vicente Nariño Ortiz y otro. Tercería en el ejecutivo del Banco Hipotecario de Colombia contra Alberto Abondano .. 295
Ana Uribe R. contra José Joaquín Rodríguez Rey. Resolución de un contrato 298
María Teresa Escobar o Galarza contra Roberto Emilio Escobar o Galarza. Recurso de hecho 306
Rafael Suárez contra Adolfo Pinzón. Resolución de un contrato 307
Manuel S. Gómez contra el Municipio de Copacabana. Desistimiento del recurso 312
Inés de la Torre de Holguín y otros contra María Zapata de la Torre y otros. Liquidación de una sociedad 312
Pedro Pablo Maldonado y otro contra Víctor Lombana. Entrega de unos inmuebles 313
Carlos Mejía G. contra Andrés Hurtado y otra. Restitución de un solar 421
Clotilde Palomino de Camacho y otros contra Mercedes Camacho y otros. Restitución de un terreno 429
María Elisa Guzmán de Corredor contra Angélica Corredor de Jiménez. Restitución de un terreno 431
Emilia Hinestrosa de Maldonado. No se accede a lo solicitado sobre cumplimiento de una sentencia extranjera 434
Sociedad Agrícola y de Inmigración contra Leonidas Arango & Compañía. Oposición al denuncio de un baldío 434
Pedro Alejo Rodríguez contra Hernando Villa, por pesos 439
Miguel Montoya y otra contra Gustavo Gómez. Rescisión de un contrato 447
Compañía de Gaseosas Ramírez contra Ezequiel Hoyos, por pesos 448
Samuel Restrepo y otro contra una sentencia del Tribunal de Medellín. Desistimiento del recurso 449
Mauricio Alonso contra los herederos de Magín Just Miret y otro 450
Juan A. Cadavid y otros contra Félix A. Llano. Propiedad de un terreno 450
Fábrica Nacional de Vidrios. Desistimiento del recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal de Medellín 458
Blas Albán contra José María Borrero 458
Daniel Gómez E. contra la sociedad Estrada G. Hermanos. Restitución de unos sacos de cemento 464
María Elena Ruiz de Buitrago contra María Julia de las Mercedes Ruiz de Bowden y otros. Partición y adjudicación de bienes herenciales 468
María de los Dolores Amézquita contra Luis María Duque U. Reivindicación de un inmueble 474
Marcelino Naranjo contra Adela Patiño y otro. Tercería 478
Cristóbal Uribe V. contra los sucesores de Raimundo Arce, por pesos 480
Féliz Salazar e Hijos contra las Compañías de Seguros **Royal insurance Company Limited** y **Eagle Star & British Dominions Insurance Company Limited**, por pesos 536
Dolores Orozco de Chaves contra Buenaventura Chaves. Separación de bienes 542
Francia Helena Hernández T. contra Gerardo Hernández T. y otros. Nulidad de un contrato 544
Guillermo Gómez contra Ernesto Ferro y Ca. Venta de una finca en pública subasta 549
Miguel Angel Parra Cruz y otra contra Martín Reyes Cárdenas. Nulidad de un contrato 552
Sociedad Agrícola y de Inmigración y Juan Quintero. Denuncio de un baldío 566
Compañía **Mines de Colombie** contra Angel Mejía J. Restitución de un terreno. No se admite el recurso de casación interpuesto por la Compañía 567
Alejandro Duarte contra Alfonso Touchet y otros. Tercería coadyuvante 569
Manuel del Castillo contra Cristina Montejo de Gutiérrez. Infracción de un contrato 572

Págs.

Antonio Luengas. Partición de bienes de su sucesión 577
Buenaventura Chaves y otro contra Miguel Vásquez B. y otro. Nulidad de unos contratos 577
Ana de la Torre de Reyes Patria contra Eustasio de la Torre Sánchez. Adjudicación y entrega de una cuota hereditaria.... 594
Telésforo Jiménez contra Laserna & Compañía. Recurso de hecho 598
Francisco Elías contra Francisco Robles Samper. Servidumbre de acueducto 599
Marco A. Ochoa y otros contra Ernesto Estrada y otros. Entrega de unas cuotas determinadas en un terreno 604
Carlos J. Infante contra Gonzalo Gómez, por pesos 615
Roberto Tobón contra Amelia Ferro de Forero y otra, por pesos 619
Mauricio Giraldo contra Mercedes Giraldo de Márquez. División de un terreno 621
Hévila Rodríguez viuda de Ortiz y otro contra los herederos de Rafael Rodríguez y Mercedes Silva, por pesos 626

CH

Chaves Buenaventura y otro contra Miguel Vásquez B. y otro. Nulidad de unos contratos 577

D

Dávila Pedro Manuel contra la Nación. Restitución de uso de aguas 239
DECRETOS ACUSADOS.—Véanse al final de la D.
De la Torre Holguín Inés y otros contra María Zapata de la Torre y otros. Liquidación de una sociedad 312
De la Torre Reyes Patria Ana contra Eustasio de la Torre Sánchez. Adjudicación y entrega de una cuota hereditaria..... 594
Del Castillo Manuel contra Cristina Montejo de Gutiérrez. Infracción de un contrato 572
Departamento de Antioquia contra Ricardo Botero S. Arrendamiento de la renta de licores 21
Departamento de Antioquia contra Ricardo Rodríguez L. Propiedad y uso de aguas 513
Duarte Alejandro contra Alfonso Touchet y otros. Tercería.... 569
Decreto ejecutivo Nº 92 de 1932 1
Decreto ejecutivo Nº 116 de 1931, sobre impuesto de canalización 20
Decreto ejecutivo Nº 280 de 1932, "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre asuntos bancarios y financieros" 1
Decreto ejecutivo Nº 518 bis, referente a la sección de Provisiones 399
Decreto ejecutivo Nº 945 de 1931, sobre impuesto de canalización 20
Decreto ejecutivo Nº 1031 de 1931, sobre impuesto de canalización 20
Decreto ejecutivo Nº 1310 de 1932, por el cual se aclara el sentido de algunas disposiciones y se fija su interpretación, en cuanto se refiere a la Caja de Auxilios de la Policía Nacional 414
Decreto ejecutivo Nº 1471 de 1932 (artículo 4º) sobre pensiones de empleados de ferrocarriles particulares 18
Decreto ejecutivo Nº 1683 de 1931, sobre restricciones al libre comercio de oro y su exportación 1
Decreto ejecutivo Nº 1871 de 1931, sobre restricciones al comercio de oro 1
Decreto ejecutivo Nº 1931, sobre cambios internacionales 1
Decreto ejecutivo Nº 2092 de 1931, sobre transacciones de compra y venta de cambio exterior y de monedas extranjeras .. 1
Decreto ejecutivo Nº 2225 de 1931, sobre permisos para compra de cambio exterior 1

E

Echeverría Antonio contra Aristides F. Flórez. Restitución de un terreno 177
Electro Entreprise contra la Nación. Incumplimiento de un contrato 346
Elías Francisco contra Francisco Robles Samper. Servidumbre de acueducto 599
Escobar o Galarza Roberto Emilio y otros, iniciado por María Teresa Escobar o Galarza 306

F

Ferrocarril de Cúcuta contra la Nación, sobre devolución de unas sumas de dinero 121
Flórez Pascual. Homicidio 228
Fontalvo Gregorio. Homicidio 638
Franco Elena de Franco y otras. Restitución de un terreno.... 138

G

García F. Enrique y otro contra Pantaleón Escobar. Servidum-